DER WEG DER STRAFVORSCHRIFT ÜBER DEN EHEBRUCH

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Klaus Heidenreich

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546015_0062

DER WEG DER STRAFVORSCHRIFT ÜBER DEN EHEBRUCH

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Klaus Heidenreich

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. jur. Reinhart Maurach
Korreferent: Prof. Dr. jur. Paul Bockelmann
Tag der mündlichen Prüfung: 12. 2. 1971

"L'adultère est un crime en morale,
mais il ne peut être un délit
punissable par les lois."

(V o l t a i r e,
Prix de la justice)

Inhaltsübersicht

Seite

Vorbemerkung 1

1. Teil: Historische Grundlage 4

I) Die Wertung des Ehebruches bei den alten Kulturvölkern 4

1) Widerstreit des biologischen Triebes mit den Anforderungen der Gemeinschaft 4

2) Ehebruch als Vergehen gegen den Ehemann und die Familie 5

3) Die Regelung bei einzelnen Völkern 5

a) Ägypter 5
b) Israeliten 6
c) Griechen 9
d) andere Völker 11

II) Behandlung im Römischen Recht 13

1) Die Zeit der Republik 13

a) Verpflichtung durch Sittengebot 13
b) Ahndung im Rahmen der Hauszucht 15
c) Strafrecht des Ehemannes und des Vaters 16
d) Kontrolle der Strafgewalt durch die Zensoren 18

2) Die "Lex Julia" 19

a) Eingreifen des Staates wegen des Sittenverfalls 19
b) Tatbestand und Voraussetzung des Ehebruchs 20
c) Aufnahme in die öffentlichen Verbrechen und Durchführung des Ehebruchsprozesses 22
d) Die strafrechtliche Ahndung 27
e) Beschränkung des Selbsthilferechts 28

3) Die Zeit bis Justinian 31

Seite

a) Sittlicher Verfall des Staates 31

b) Milderung durch ersten Einfluß des Christentums 33

c) Die Regelung unter Justinian 35

Zusammenfassung

III) Beurteilung nach dem Kanonischen Recht 40

1) Die dogmatischen Grundlagen 40

a) Der sakramentale Charakter der Ehe 40

b) Die Folgen daraus für den Ehebruch und seine moraltheologische Beurteilung 44

c) Kirchenrechtliche Konsequenzen 47

2) Die praktische Anwendung in den Bußbüchern 50

a) Allgemeine Grundlagen des Bußrechtes 50

b) Die altbritischen und irischen Bußbücher 53

c) Die angelsächsischen Bußbücher 55

d) Die fränkischen Bußbücher 59

e) Die römischen Bußbücher 61

f) Die Bußbücher und Sammlungen der Reaktion 64

3) Die Regelung im "Corpus Juris Canonici" 66

a) Für Laien 66

b) Für Geistliche 68

Zusammenfassung 68

IV) Der Ehebruch im deutschen Recht 70

1) Die Volksrechte 70

a) Ehebruch als Eingriff in das Recht des Muntwaltes 70

b) Regelung bei den einzelnen Stämmen 73

aa) Das langobardische Recht 74

bb) Das alamannische Volksrecht 74

cc) Das bayrische Recht 78

dd) Das fränkische Recht 80

ee) Das sächsische Recht 81

Seite

ff) Das friesische Recht 81
gg) Das westgotische Recht 82
hh) Das ostgotische Recht 82
ii) Das burgundische Recht 83
kk) Die fränkische Capitularien 83

Zusammenfassung 84

2) In der Zeit der Rechtsbücher 84

a) Der Sachsenspiegel und die von ihm beeinflußten Rechtsquellen 85
b) Der Schwabenspiegel und ihm ähnliche süddeutsche Rechtsbücher 88
c) Die Stadtrechte 91

Zusammenfassung 97

d) Die Zeit der Rezeption 98
aa) Die Bamberger Halsgerichtsordnung 98
bb) Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. 100
e) Die Partikulargesetzgebung 103
aa) Die einzelnen Regelungen 104
bb) Milderungsgründe 106

3) Die Landesgesetzgebung bis zum Reichsstrafrecht 108

a) Zur Zeit des allgemeinen Landrechtes 108
b) Die Landesstrafgesetze des 19. Jahrhunderts 114
c) Die Vorläufer des Reichsstrafgesetzbuches 114

2. Teil: Darstellung des bisher geltenden Rechtes 117

I) Die Frage nach dem Schutzobjekt des Ehebruches 117

1) Geschütztes Rechtsgut 117

2) Die verschiedenen Theorien 118

a) Der Ehebruch als ein Sittlichkeitsverbrechen 119
b) § 172 StGB als Verletzung der ehelichen Treuepflicht 120

Seite

c) Die staatliche Institution der Ehe als Schutzobjekt 125

d) Der Doppelcharakter des geschützten Rechtsgutes 126

II) Der Tatbestand des § 172 StGB 129

1) Der Begriff des Ehebruches 129

a) Die Bestimmung des Beischlafes 130

b) Abgrenzung zu anderen unsittlichen Handlungen 131

c) Die künstliche Befruchtung als Sonderproblem 132

2) Die Subjekte des § 172 StGB 136

a) Mögliche Täter 136

b) Problem einer notwendigen Teilnahme 138

3) Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld 139

a) Der Ehebruch als Vorsatzdelikt 139

b) Einfluß einer Einwilligung auf die Rechtswidrigkeit 140

c) Fälle der Schuldlosigkeit 144

4) Beschaffenheit der Ehe 144

a) Absolut gültige bzw. absolut nichtige Ehen 145

b) Materiell gültige Ehen 146

c) Materiell gültige, aber anfechtbare Ehen 148

d) Formell gültige Ehen 151

III) Weitere Voraussetzungen für eine Bestrafung 155

1) Das Erfordernis einer Ehescheidung 155

a) Die Scheidung als Tatbestandsmerkmal 155

b) Die Scheidung als Bedingung der Strafbarkeit 157

c) Die Scheidung als Prozessvoraussetzung 160

2) Die Ausgestaltung der Scheidungsvoraussetzung 165

a) Keine Ausweitung des Scheidungsbegriffes 165

b) Die Behandlung der Scheidung im Strafverfahren 169

3) Die Notwendigkeit eines Strafantrages 172

Seite

a) Regelung des Antragrechtes 172

b) Möglichkeit eines Ausschlußes des Antragrechtes 176

c) Beginn der Antragfrist

IV) Abschließende Fragen 184

1) Die Verjährung 184

2) Konkurrenzfragen 186

a) Rechtliche Einordnung mehrerer Ehebrüche 186

b) Verhältnis zu anderen Straftaten 187

3) Ehebruch und Beleidigung 189

4) Teilnahme am Ehebruch 197

5) Die Strafzumessung 198

a) Berücksichtigung der bevorstehenden Änderung bei der Strafzumessung 198

b) Verurteilung auf Grund der aufgehobenen Strafvorschrift über den Ehebruch 201

3. Teil: Reformbestrebungen 204

I) Die verschiedenen Entwürfe 204

1) Ausgangspunkte 204

a) Ablehnung einer Bestrafung 205

b) Notwendigkeit einer Bestrafung 205

2) Entwürfe gegen eine Beibehaltung 206

3) Entwürfe für ein Bestehenbleiben der Strafvorschrift über den Ehebruch 206

a) Der Vorentwurf von 1909 206

b) Der Gegenentwurf von 1911 207

c) Der Kommissionsentwurf von 1913 207

d) Der Entwurf von 1919 208

e) Der Amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925 208

Seite

f) Denkschrift des preußischen Justitzministers Kerrl (1933) 209

g) Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 209

II) Ausgestaltung und Änderung einzelner Bestimmungen 210

1) Systematische Stellung 210

2) Der Tatbestand 210

a) Sprachliche Fassung 210

b) Ausweitung des Begriffes 211

3) Die Ehescheidung 212

a) Absehen von der identischen Ehescheidung 213

b) Wegfall der Scheidungsvoraussetzungen 213

4) Der Strafantrag 214

a) Regelung des Fristbeginnes 215

b) Rücknahme des Antrages 216

c) Übertragbarkeit des Antragsrechtes 217

d) Ausschluß des Antragsrechtes in bestimmten Fällen 218

e) Genereller Verzicht auf den Antrag 220

5) Berücksichtigung von Ausnahmefällen 221

a) Absehen von einer Strafe 221

b) Beschränkung der Bestrafung auf Dritte 222

6) Der Strafrahmen 223

a) Erhöhung wegen der Effektivität 223

b) Milderung durch Haft oder Geldstrafe 223

4. Teil: Rechtsvergleichender Überblick 225

I) Die Behandlung des Ehebruches im Ausland 225

1) Länder ohne Strafdrohung 226

a) Fehlen einer solchen Strafvorschrift bzw. deren geplante Abschaffung 226

b) Ziel der internationalen Strafrechtsreform 228

Seite

2) Länder mit Strafdrohung 230

a) Bestehende Strafvorschriften 230

b) Unterschiedliche Behandlung der Tatbeteiligten 231

3) Systematische Einordnung 232

a) Stellung im Gesetz 232

b) Folgerungen für das Schutzobjekt 233

II) Einzelheiten der ausländischen Regelungen 235

1) Fassungen des Tatbestandes 235

a) Kennzeichnung des Ehebruches 235

b) Uneinigkeit über die Form der verletzbaren Ehe 237

2) Verfolgungsvoraussetzungen 239

a) Vorhergehende Ehescheidung 239

b) Notwendigkeit eines Strafantrages bzw. einer Strafklage 240

3) Weitere Sonderregelungen in den ausländischen Strafgesetzen 242

a) Erschwerende Umstände bzw. Milderungsgründe 242

b) Absehen von einer Bestrafung 243

c) Nachträgliche Beseitigung einer bereits rechtskräftig erkannten Strafe 244

d) Beweisregeln 246

e) Zivilrechtliche Folgen 247

4) Der Strafrahmen 248

5. Teil: Die Problematik einer Bestrafung des Ehebruches

I) Klarstellung des bezweckten Schutzes 251

1) Charakterisierung des Ehebruches 251

a) Sittliche Verwerflichkeit 253

b) Betrug am Gatten und den Kindern 255

c) Verstoß gegen die biologische Ordnung 256

d) Störung der sozialen Ordnung 257

Seite

2) Trennung von Recht und Sittlichkeit 258

a) Abgrenzung 258
b) Folgerung für das Strafrecht 259

II) Forderung des Grundgesetzes 262

1) Klärung des Rechtsinstitutes "Ehe" 262

a) Ethisches und kulturelles Gepräge 262
b) Ehe als soziologische Grundtatsache 263

2) Bereich des Schutzes als Staatsaufgabe 264

a) Umfang dieser staatlichen Schutzmaßnahmen 264
b) Auswirkungen für das Strafrecht 266

III) Auseinandersetzung mit dem Problem 268

1) Gründe für eine solche Strafvorschrift 268

a) Ehe als Grundlage des Staates 269
b) Straflosigkeit im Widerspruch zum Sittengesetz 270
c) Sittenprägende Wirkung 272

2) Vorschläge für eine effektvollere Handhabung 273

a) Ausgestaltung der Strafvorschrift 274
b) Einführung einer vorherigen Abmahnung 275
c) Bessere Übereinstimmung mit dem Scheidungsrecht 276

3) Argumente gegen eine Bestrafung des Ehebruches 278

a) Widersprüchliche Regelung 278
b) Erfolglosigkeit einer Bestrafung 280
c) Geringe Anwendung 281
d) Schädliche Nebenwirkungen 286
e) Eingriff in den Intimbereich 288
f) Fehlende Strafbedürftigkeit 290

IV) Vorschlag einer anderweitigen Ahndung 294

1) Verschiebung der Zuständigkeit 294

Seite

a) Verlagerung auf das Zivilrecht 294
b) Beschränkung auf den Deliktschutz 294

2) Darstellung des anerkannten Eheschutzes 294

a) Ausgangspunkt 296
b) Beschränkung auf den räumlich-gegenständlichen Bereich 298

3) Ausdehnung auf Schadensersatzansprüche 300

a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 300
b) Die Rechtsprechung der Untergerichte 304
c) Die Stellungsnahmen der Literatur 305

4) Befürwortung einer Ersatzpflicht bei ehebrecherischem Verhalten 308

a) Auseinandersetzung mit dem BGH 308
b) Richtiger Ausgangspunkt und Anspruchsgrundlage 316
c) Geltungsbereich des Anspruches 319
d) Umfang des Anspruches 320

5) Die Frage eines immateriellen Schadensersatzes 322

a) Rechtliche Grundlage 322
b) Anwendungsbereich dieses Anspruches 325
c) Behandlung im Ausland 327
d) Vorschlag de lege ferenda 328

Schluß 329

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

ALTERNATIVENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES	Besonderer Teil, vorgelegt von Baumann u.a., Tübingen 1968
AUSLÄNDISCHES STRAFRECHT DER GEGENWART	herausgegeben von Mezger-Schönke-Jeschek, Berlin 1955 1. Band, Berlin 1955 2. Band, Berlin 1957 3. Band, Berlin 1959 4. Band, Berlin 1962
BAUMANN Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bielefeld 1966
BAUMBACH Adolf - LAUTERBACH Wolfgang	Zivilprozeßordnung (ZPO), 28. Auflage, München und Berlin 1965
BEMMANN Günter	Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957
BENNECKE Hans	Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch in der historisch-dogmatischen Entwicklung, Habilitationsschrift, Marburg 1884
BERNER Albert Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Auflage, Leipzig 1898
BEVÖLKERUNG UND KULTUR	Reihe 9: Rechtspflege, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt Wiesbaden, Stuttgart
BINDING Karl	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Auflage, Leipzig 1902

BOCK Paul	Das Delikt des Ehebruches in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Dissertation Frankfurt 1920
BOEHMER Gustav	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Band, Tübingen 1950, 2. Band, 1. Abteilung, Tübingen 1951
BOEHMER Gustav	Zur Ehestörungsklage AcP 155, 181 ff.
BONNER KOMMENTAR	Kommentar zum Grundgesetz, 16. Lieferung, Bonn Juni 1966
BUNDESTAGSDRUCKSACHE	Protokolle über die Sitzungen, herausgegeben vom Deutschen Bundestag
COHN Manfred	Das Problem der Bestrafung des Ehebruches, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 190, Breslau 1916
CONRAD	Bemerkungen zu den §§ 61 und 69 in Beziehung auf den § 172 RStGB, GA 35, 17 ff.
DALCKE A. - FUHRMANN Ernst - SCHÄFER Karl	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961
DAUDE Emil	Der Ehebruch (Streitfragen aus § 172 StGB), Dissertation Göttingen 1895
DEINLEIN Hans	Der Ehebruch (§ 172 RStGB), Dissertation, Würzburg 1910
DEUTSCHE STRAFGESETZ-ENTWÜRFE	(um 1909 bis 1927), herausgegeben von Dr. Leopold Schäfer, Mannheim 1927

DÖLLE Hans	Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Band I: Karlsruhe 1964 Band II: Karlsruhe 1965
DREHER Eduard - MAASSEN Hermann	Strafgesetzbuch, 3. Auflage, München und Berlin 1959
EICHMANN Eduard	Lehrbuch des Kirchenrechts, I. Band, 4. Auflage, Paderborn 1934
ENNECERUS Ludwig - NIPPERDEY Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 15. Auflage, Tübingen 1959
ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES	(E 1962)
ENTWURF RADBRUCH	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB 1922, Tübingen 1952
EVANGELISCHES STAATSLEXIKON	herausgegeben von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
FABRICIUS Fritz	Zur Dogmatik des sonstigen Rechts, AcP 160, 273 ff.
FESTGABE für Reinhard von FRANK	(zum 70. Geburtstag) Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Band II, herausgegeben von August Hegler, Tübingen 1930
FESTSCHRIFT für Edmund MEZGER	(zum 70. Geburtstag), herausgegeben von Karl Engisch und Reinhart Maurach, München und Berlin 1954
FEUERBACH Anselm	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5. Auflage, 1812

FRANK Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931
FREYSOLDT Günter	Ehebruch und Ehetreuebruch im geltenden und neuen Strafrecht, Dissertation, Göttingen 1937
FRÖHNER-STACKELBERG-ESER	Familie und Ehe, Bielefeld 1956
FÖRSTER Gerhard	Das mosaische Strafrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1900
GEIB Gustav	Der römische Criminalprozeß, Leipzig 1842
GERLAND Heinrich	Deutsches Reichsstrafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1932
GERNHUBER Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964
GOETSCH Walter	Beiträge zur Frage der Bestrafung des Ehebruches, Dissertation, Greifswald 1918
GROSS Fritz	Das Ehebruchsdelikt in seiner geschichtlichen Entwicklung, nach geltendem Recht und als Gesetzgebungsproblem, Dissertation, Leipzig 1924
Die GRUNDRECHTE	herausgegeben von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, hier: 4. Band, 1. Halbband, Berlin 1960
HIS Rudolf	Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 2. Teil: Die einzelnen Verbrechen, Weimar 1935

HOFFMANN Edgar- STEPHAN Walter	Ehegesetz, 2. Auflage, München 1968
HOHENLOHE Konstantin	Beiträge zum Einflusse des Kanonischen Rechts auf Strafrecht und Prozeßrecht, Innsbruck 1918
HUBMANN Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln 1967
JÄGER Oscar	Weltgeschichte, Band I, Bielefeld und Leipzig 1899
KAEUFFER Heinz-Bernd	Die rechtliche Problematik der künstlichen Befruchtung beim Menschen, insbesondere in strafrechtlicher Hinsicht, Dissertation, Bonn 1953
KAHN Alfred	Die Bestrafung des Ehebruchs in der heutigen Gesetzgebung und de lege ferenda, Dissertation, Tübingen 1902
KAUFMANN Arthur	Recht und Sittlichkeit, Tübingen 1964
KELLER-ABRAMSKI Hilde	Der Ehebruch, Dissertation, Zürich 1923
KOHLER	Der deutsche und österreichische Vorentwurf eines Strafgesetzbuches, GA 56, 285 ff.
KOHLER	Über den Gegenentwurf eines StGB II, GA 59, 48 ff.
KOHLRAUSCH-LANGE	Strafgesetzbuch, 43. Auflage, Berlin 1961
KRETZSCHMAR Johannes	Die Strafbarkeit des Ehebruches im deutschen Recht, Dissertation, Leipzig 1935

KRÜGER Gerhard — Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche wegen Ehebruchs und anderen ehewidrigen Verhaltens gegen den anderen Ehegatten und gegen Dritte, Dissertation, Frankfurt 1956

KRÜGER Hildegard - BREETZKE Ernst - NOWACK Kuno — Gleichberechtigungsgesetz, München und Berlin 1958

LACKNER Karl - MAASSEN Hermann — Strafgesetzbuch (StGB), 4. Auflage, München und Berlin 1967

LANGE Richard — Die notwendige Teilnahme, Berlin 1940

LARENZ Karl — Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Band, 9. Auflage, München 1968

LEBEDKIN Max — Der Ehebruch nach schweizerischen, deutschen und französischem Strafrecht, Dissertation Bern 1943

LEFERENZ Heinz — Die Sexualdelikte des E 1962, ZStW 77, 379 ff.

LEHMANN Heinrich - HENRICH Dieter — Familienrecht, 4. Auflage, Berlin 1967

LEIPZIGER KOMMENTAR — Strafgesetzbuch, 6./7. Auflage, Berlin 1951 8. Auflage, Berlin 1958

LEXIKON FÜR THEOLOGIE UND KIRCHE, herausgegeben von Buchberger, Höfer, Rahner, 3. Band, 2. Auflage, Freiburg 1959

LEXIKON ZUR BIBEL — herausgegeben von Fritz Rinecker, Wuppertal 1960

von LISZT Franz	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. Auflage, Berlin 1914
LUCAS Heinrich	Die strafrechtliche Behandlung des Ehebruches im Laufe der Jahrhunderte, Dissertation, Erlangen 1926
MAGIS Norbert	Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch bei Verletzung der ehelichen Treue, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 32, Bonn 1935
MAINZER August	Die Ehe im deutschen Reichsstrafrecht, Dissertation, Würzburg 1894
von MANGOLDT-KLEIN	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957
MARSCHALL Bernhard	Das Eherecht der katholischen Kirche, 4. Auflage, Donauwörth 1965
MATERIALIEN ZUR STRAFRECHTSREFORM	2. Band, Bonn 1955 3. Band, Bonn 1954 4. Band, Bonn 1954 15. Band, Bonn 1954
MAUNZ-DÜRIG-HERZOG	Das Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1-10, Band I, München 1969
MAURACH REINHART	Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1965
MAURACH REINHART	Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1969 (Nachtrag 1970)
MAUSBACH- ERMECKE	Katholische Moraltheologie, III. Band, 10. Auflage, Münster 1961

MAYER Hellmuth	Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin 1962
MAYER Samuel	Geschichte der Strafrechte, Trier 1876
MERKEL Adolf	Lehrbuch des Strafrechts, Stuttgart 1889
METZ Theodor	Die Strafbarkeit des Ehebruches nach Reichsstrafrecht, Dissertation, Würzburg 1900
MEYER Hugo - ALLFELD Philipp	Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 7. Auflage, Leipzig 1912
MEZGER - BLEI	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage München und Berlin 1967
MEZGER - BLEI	Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966
MILLER Josef	Moderne Eheprobleme in christlicher Sicht, Innsbruck - Wien - München 1955
MITTERMAIER Wolfgang	Doppelehe und Ehebruch, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, 1906, Besonderer Teil, Band IV, Seite 84 ff.
MITTERMAIER Wolfgang	Zur Reform des Sexualstrafrechts, in: Sexus, Band IV, Bern und Leipzig 1926
MOMMSEN Theodor	Römisches Strafrecht, Leipzig 1899
MOMMSEN Theodor	Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, Leipzig 1905

MÜHLMANN Erich - BOMMEL Gert	Strafgesetzbuch (StGB), Straubing 1949
MÜLLER-FREIENFELS Wolfram	Ehe und Recht, Tübingen 1962
NIEDERSCHRIFTEN	über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, 8. Band, Besonderer Teil, 76.-90. Sitzung, Bonn 1959
NIETHAMMER Emil	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
OBERMANN Johannes	Der Ehebruch im Strafrecht, Dissertation, Würzburg 1914
OLSHAUSEN Justus	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Band, 3. Auflage, Berlin 1890
OPPENHOFF Friedrich - DELIUS Hans	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Auflage, Berlin 1888 14. Auflage, Berlin 1901
ORTLOFF	Das Rechtsbuch nach Distinctionen, Jena 1836
PADRUTT Willy	Die Ehestörungsklage, Dissertation Bern 1954
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 29. Auflage, München 1970
PETERS Hans	Der strafrechtliche Schutz der Ehe, Dissertation, Erlangen 1935
PETERS Karl - LANG-HINRICHSEN Dietrich	Grundfragen der Strafrechtsreform, Paderborn 1954
PETTERS Walter - PREISENDANZ Holger	Strafgesetzbuch, 25. Auflage, Berlin 1965

PFEIL Willy — Der Ehebruch in seiner geschichtlichen Entwicklung und nach dem geltenden Recht, Dissertation, Heidelberg 1908

POPPE Alfons — Der Ehebruch im neuen deutschen Eherecht, Dissertation Erlangen 1950

QUANTER Rudolf — Die Sittlichkeitsverbrechen im Laufe der Jahrhunderte und ihre strafrechtliche Beurteilung, Berlin 1904

REHBEIN Alfred — Der Zweckgedanke bei der Bestrafung des Ehebruches in seiner geschichtlichen Entwicklung und de lege ferenda, Dissertation, Leipzig 1916

REIN Wilhelm — Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, Leipzig 1844

RETZBACH Anton — Das Recht der katholischen Kirche, Freiburg 1961

RITTLER Theodor — Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Auflage, 2. Band, Wien 1962

ROESEL Heinrich — Der Ehebruch nach Reichsstrafrecht und der Strafrechtsreform und das Problem seiner Bestrafung, Dissertation, Würzburg 1920

ROSENTHAL Eduard — Die Rechtsfolgen des Ehebruchs nach kanonischen und deutschem Recht, Habilitationsschrift, Würzburg 1880

RUBO Ernst Traugott	Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879
RUNDSCHREIBEN "casti connubii"	(Über die christliche Ehe), Rundschreiben des Heiligen Vaters Pius XI vom 31.12.1930, autorisierte Übersetzung, München 1931
RUSSELL Bertrand	Ehe und Moral, Stuttgart 1951
SAMMLUNG AUSSERDEUTSCHER STRAFGESETZBÜCHER	in deutscher Übersetzung, herausgegeben von Prof. Dr. Hans Heinrich Jeschek und Prof. Dr. Gerhard Kichwein
SAUER Wilhelm	System des Strafrechtes, Besonderer Teil, Köln - Berlin 1954
SAX Walter	Das strafrechtliche Analogieverbot, Göttingen 1953
SCHELBERT Karl	Sollte der Drittstörer einer Ehe auf Schadensersatz belangt werden können und unter welchen Voraussetzungen? Dissertation, Frankfurt 1946
SCHMITZ Hermann	Bußbücher und Bußdisziplin der Kirche, Graz 1958
SCHÖNKE - SCHRÖDER	Strafgesetzbuch, 14. Auflage, München und Berlin 1969
SCHÜTZE Theodor	Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Leipzig 1869
SCHWANDER Vital	Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1964
SCHWARZ Otto - DREHER Eduard	Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 1968

SCHWARZ Otto - KLEINKNECHT Theodor	Strafprozeßordnung, 27. Auflage, München und Berlin 1967
SCHWARZE Friedrich Oskar	Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 4. Auflage, Leipzig 1879
SEXUALITÄT HEUTE	herausgegeben von Karl Saller, München 1967
SEXUALITÄT UND VERBRECHEN	herausgegeben von Fritz Bauer, u.a., Frankfurt/Main 1963
SOERGEL - SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch, Band III (Schuldrecht II), Stuttgart 1969, Band IV (Familienrecht), Stuttgart 1963
STAATSLEXIKON	Recht - Wirtschaft - Gesellschaft, herausgegeben von der Görresgesellschaft, 6. Auflage, Freiburg 1958
STEFFENS Georg	Schadensersatzansprüche aus Ehebruch, Dissertation, Erlangen 1913
STEIN	Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893
STOFFEL Michael	Der deliktsrechtliche Schutz der Ehe, Dissertation, Köln 1954
STRAFRECHTSREFORM DER SED	herausgegeben vom Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen, Bearbeitung: Walter Rosenthal, Bonn und Berlin 1968
DIE GROSSE STRAFRECHTSREFORM	Bundestagung der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen, Bonn 1954
STRUPP Karl	Schadensersatz wegen Ehebruch, Eheverlassung und in ähnlichen Fällen, Dissertation, Gotha 1910

THOMAS - PUTZO	Zivilprozeßordnung, 4. Auflage, München 1970
TRIEBS Franz	Die lex Julia de adulteriis auf Grundlage der sogenannten lex Dei, Dissertation Göttingen 1910
UNIVERSITÄTSTAGE 1964	Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform, Berlin 1964
VILLNOW	Vom Ehebruch, Gerichtssaal, 30, 109 ff.
VOGT Martin	Der Ehebruch, Dissertation, Leipzig 1935
WACHENFELD Friedrich	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914
von WÄCHTER Carl Georg	Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1. Band, Leipzig 1835
von WEBER	Die Voraussetzungen der Strafverfolgung bei Ehebruch, Gerichtssaal 116, 249 ff.
WELSCH Otto	Die Bestrafung des Ehebruches nach römischen, canonischen und älterem deutschen Recht, Dissertation, Heidelberg 1908
WELZEL Hans	Das deutsche Strafrecht, 9. Auflage, Berlin 1965
WOEHL Paul Erhard	Der sittliche Schutz der Ehe im Strafrecht, Dissertation, Erlangen 1925
WOLFF Kurt	Das Rechtsschutzobjekt und das Problem der Bestrafung des Ehebruches, Dissertation, Heidelberg 1908

WORM Manfred — SPD und Strafrechtsreform, Dissertation, München 1968

WYDLER Walter — Treue und Untreue in der Ehe, Zürich 1957

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Bay	Bayern, bayrisch (e,es,er)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landsgericht, auch Entscheidungssammlungen in Zivilsachen (Jahr und Seite)
BayObLGSt	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Strafsachen (Jahr und Seite)
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH (Z)	Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Zivilsachen) (Band und Seite)
BGH (St)	Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Strafsachen) (Band und Seite)
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
Dig	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
DStR	Deutsches Strafrecht (Jahr und Seite)
E	Entwurf
EheG	Ehegesetz
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) (Jahr und Seite)
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer (Band und Seite)

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	Der Gerichtssaal
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KRABl	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar (Strafgesetzbuch)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
Die lebendige Zelle	Zeitschrift für Katholikenräte und Apostolat, herausgegeben vom Landeskomitee der Katholiken in Bayern
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RG(Z)	Reichsgericht (Rechtsprechung in Zivilsachen) (Band und Seite)
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Reichsgericht, Rechtsprechung in Strafsachen (Band und Seite)
Rspr	Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr und Seite)
VO	Verordnung
VDB	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil

ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
ZBlJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band und Seite)

Allgemeine Abkürzungen

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aF	alte Fassung
allg.	allgemein
AT	Allgemeiner Teil
Anm.	Anmerkung
BT	Besonderer Teil
cc	Code civil
dh	das heißt
ff	folgende
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iS	im Sinne
lfd	laufend
nF	neue Fassung
Rdn (Z)	Randnote (-ziffer)
S.	Seite
sog.	sogenannt
ua	unter anderem
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil
zw	zwischen

V O R B E M E R K U N G

Der deutsche Bundestag hat in seiner letzten (V.) Legislaturperiode im Rahmen eines Vorgriffs auf die Strafrechtsreform beschlossen, die Strafvorschrift über den Ehebruch - § 172 StGB - ersatzlos zu streichen und zwar mit Wirkung vom 1.9.1969.[1] Nach Zustimmung des Bundesrates wurde dieses Strafrechtsänderungsgesetz am 25.6.1969 ausgefertigt und verkündet.[2]

Damit beseitigte man die Strafbarkeit eines Deliktes, das im Laufe seiner Entwicklung den unterschiedlichsten Auffassungen unterlag und wie kaum ein anderes oft von einem Extrem in das andere verfiel. Diese Vorschrift war wohl das beste Beispiel dafür, wie eine Strafvorschrift ihre Bedeutung wandeln kann, wenn sie der jeweiligen herrschenden Auffassung unterliegt, und wie verschieden ihre Ausgestaltung vorgenommen werden kann, wenn man sie je nach ihrer juristischen, sozialen oder sittlichen Bedeutung beurteilt.[3] Allein die wechselvolle Geschichte dieser Bestimmung beweist es zur Genüge:
Wir finden zu ihrer Ahndung sowohl die Todesstrafe (oft unter grausamsten Begleitumständen) wie auch die völlige Straflosigkeit des Ehebruches. Neben langjährigen Freiheitsstrafen (Zuchthaus oder Gefängnis) und lebenslänglicher Verbannung begnügte man sich zu einer anderen Zeit mit einer geringen Geldbuße. Selbst die Ansichten über die Schuld der Beteiligten gingen weit auseinander: bald gingen der schuldige Gatte, bald der Dritte straflos aus, dann wurden sie beide ungleich und schließlich wieder gleich bestraft. Auch seine Ausgestaltung kannte die

---

1) Bundestag Drucksache V/4094

2) Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 (BGBl. I 645)

3) Vgl. Maurach, BT, Nachtrag S. 39

verschiedensten Möglichkeiten: schritt man von Amts wegen ein, so setzte die Praxis und Lehre alles daran, durch allerlei Ausflüchte und Ersatzbestimmungen eine Strafverfolgung oft ausschalten zu können; ließ man die Verfolgung vom Antrag des Verletzten abhängig sein, lief man Gefahr, damit sich zum Handlanger der Befriedigung niedriger Rachegelüste zu machen oder Zuhälternaturen ein lukratives Erwerbsgeschäft zu ermöglichen. Schließlich waren auch die Ausgestaltungen dieser Vorschrift höchst unterschiedlich: einmal wurde eine vorherige Scheidung der Ehe verlangt, ein andermal nicht. Zuweilen wurde der Ehebruch in den Strafgesetzen ganz kurz, dann wieder höchst ausführlich, manchmal geradezu kasuistisch behandelt. Nicht zuletzt schwankten auch die Auslegungen dieser Vorschrift von einer extensiven zu einer restriktiven und umgekehrt.

Im Ganzen gesehen war der Ehebruch im Laufe der Zeit ein Vergehen, das meist von der öffentlichen Meinung entschuldigt wurde, und das zu allen Zeiten im Verhältnis zur Häufigkeit seiner Begehung nur äußerst selten zur strafrechtlichen Aburteilung gelangte.[1)]

Damit ist der Ehebruch zugleich ein interessanter Beweis dafür, daß es Verfehlungen gibt, welche die Gesetzgebungspolitik wie die Wissenschaft und Praxis trotz verschiedenster Lösungsversuche nicht zur Ruhe kommen lassen und einer allseitig befriedigenden Erledigung noch immer harren und wohl auch immer harren werden.[2)] Eine Strafvorschrift, von der die einen behaupten, sie richte durch ihre Existenz mehr Unheil an als die Verletzungshandlungen selbst, während die anderen in ihrer Abschaffung ein Zeichen des allgemeinen Sittenverfalles sehen und darin eine Selbstaufgabe staatlicher Interessen erblicken,

---

1) Kahn, aaO, S. 56 ff

2) Rehbein, aaO, S. 66

wird, ja muß immer umstritten bleiben, je nachdem, worauf jeweils das Schwergewicht gelegt wird.

Wenn nun trotz der Abschaffung des § 172 StGB und der sich daraus ergebenden - jedenfalls strafrechtlichen - Bedeutungslosigkeit des Ehebruches der Versuch unternommen wird, eine Abhandlung über diese Strafvorschrift zu schreiben, so waren dafür im wesentlichen zwei Gründe maßgebend. Einmal soll damit ein Überblick über den abwechslungsreichen Weg dieser Bestimmung geschaffen werden von ihren Anfängen bis zu ihrer Ausgestaltung im StGB vor ihrer Abschaffung. Zugleich will aber die Arbeit versuchen, die Ahndung des Ehebruches dorthin zu verlagern, wo ihr wahrer Platz ist, nämlich in das Zivilrecht. Wenn auch die vergangenen Zeiten sich durch eine Überbetonung des strafrechtlichen, also des kriminellen Charakters dieses Tuns auszeichneten, so darf man nun nicht bei der Gegenreaktion in den Fehler verfallen, die ehebrecherische Handlung zu bagatellisieren. Ihr den passenden Standort und eine möglichst gerechte und angemessene Ahndung zu suchen, soll das Ziel dieser Arbeit in ihrem Schlußteil sein.

1. Teil: Historische Grundlagen

I) Die Wertung des Ehebruches bei den alten Kulturvölkern

1) Widerstreit des biologischen Triebes mit den Anforderungen der Gemeinschaft

Das Zurückgehen auf die historische Entwicklung ist wohl bei kaum einer anderen Strafvorschrift so dringend erforderlich wie hier, da man bei ihr die schrittweise Fort-, aber auch Rückentwicklung des Rechtes beobachten kann, zumal diese Vorschrift nie ihren Anknüpfungspunkt an das historisch Gewordene verloren hat. Man kann mit Recht sagen, daß das Delikt des Ehebruches und sein Verbot bestehen, seitdem es das Institut der Ehe gibt. Kaum war der Schritt von einem anfangs vielleicht eher den Tieren vergleichbaren Zusammenlebens zu einer festen Organisation eines Volkes oder wenigstens eines Volksstammes getan, erkannte man bald, daß die Ehe ein Grunderfordernis der gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung darstellte.[1] Denn mit der Einführung der Ehe hatte man dem wohl mächtigsten aller Naturtriebe beim Menschen, dem Geschlechtstriebe, einen festen Platz zu seiner notwendigen Befriedigung eingeräumt, den es nun auch gegen alle Angriffe zu verteidigen galt. So begann mit der Errungenschaft der Ehe zugleich der Kampf um ihren Schutz, ein Kampf, der sich mit dem naturhaften, biologischen Trieb des Menschen auf geschlechtliche Befriedigung auseinandersetzen mußte, jedenfalls, soweit er sich außerhalb des ihm zugewiesenen Platzes der Ehe zeigte. Die Schwierigkeit, damit fertig zu werden, kennzeichnet die ganze Geschichte der Auffassungen über den Ehebruch. So einig man sich über die Verurteilung einer solchen Tat war, so uneinig war man sich über die Art und Weise, wie man dagegen vorgehen sollte.

---

1) Rehbein, aaO, S. 3; Quanter, aaO, S. 55

2) Ehebruch als Vergehen gegen den Ehemann und die Familie

Bezeichnenderweise galt der Ehebruch bei den ältesten Kulturvölkern als ein großes und abscheuliches Verbrechen, er wurde meist unter die Kapitalverbrechen eingereiht und mit schwersten Strafen, in der Regel sogar mit der Todesstrafe belegt. Dies ist umso erstaunlicher, als gerade bei den alten Völkern die Ehe durchaus nicht immer so "ethisch" betrachtet wurde wie in späteren Zeiten, zumal teilweise noch die Polygamie herrschte. Das hatte aber lediglich zur Folge, daß man den Ehebruch meist einseitig, als Tat der Ehefrau (und natürlich ihres Mitschuldigen) ansah, wodurch eben in das Haus- und Besitzrecht des Mannes auf das Schwerste eingegriffen wurde. Die sehr strenge Ahndung dieser Tat mag ihren Grund einmal darin gehabt haben, daß bei dieser Art des "Diebstahles" ein nicht ersetzbares Gut gestohlen wurde, zum anderen spielte wohl gerade bei den Naturvölkern der Umstand eine sehr große Rolle, daß eben nur die Frau durch einen Ehebruch "unechte" Kinder in das Haus bringen kann. Diese früher stark betonte Reinheit des Geschlechts und die deshalb geforderte Achtung einer Familie führten daher zu einer von Anfang an scharfen Beurteilung einer Verletzung dieses Verhältnisses.

3) Die Regelung bei einzelnen Völkern

a) Ägypter:

Zwar fehlen hier nähere Anhaltspunkte, wie im einzelnen der Ehebruch behandelt wurde. Einen Hinweis geben aber Papyrusrollen, die - etwa zur Zeit des Königs Menes (4000 v.Chr.) - den Toten mit ins Grab gegeben wurden. Auf ihnen waren 42 Vergehen verzeichnet, gegen die die Seele des Toten nicht verstoßen haben durfte, um das Toten-

gericht bestehen zu können.[1] Da sich darunter auch der Ehebruch befand, sehen wir hieraus, daß er schon bei den alten Ägyptern verurteilt wurde.

b) Israeliten:

Die älteste Rechtssammlung, die sich im alten Testamente findet, ist das Bundesbuch, das den Wendepunkt zwischen privatem und öffentlichem Recht bildet.[2] Es enthält aber nur eine Vorschrift über den außerehelichen Beischlaf, wonach der Verführer einer Jungfrau für sie die Morgengabe entrichten und sie zum Weibe nehmen soll (2 Mos 22, 15 und 16). Da es über den Ehebruch schweigt, darf angenommen werden, daß hierfür noch die Rache (Tötung) üblich war und die Buße (deren Annahme im Belieben des Verletzten steht) nur ausnahmsweise an deren Stelle getreten ist.[3]

Die erste ausdrückliche Regelung enthalten aber dann die zehn Gebote, die echte Strafrechtssätze darstellen, wobei die Strafsanktionen als selbstverständlich zu ergänzen sind und in der Entfernung des Sünders aus dem Volke bestehen.[4] Im siebten Gebot heißt es: "Du sollst nicht ehebrechen" (2 Mos 20, 14; 5 Mos 5, 17), was nicht nur das Verbot des Ehebruches an sich umfaßt, sondern sogar schon die Begierde nach dem Weib des Nächsten.

Interessant ist, daß schon hier bei der Geschichte dieses Gebotes zwei Auffassungen zu unterscheiden sind. Während ursprünglich allein der Ehebrecher als der handelnde Teil und damit als Subjekt des Verbrechens auftrat und der Ehebruch mit einem Diebstahl verglichen wird, bei dem die Frau nur als Werkzeug angesehen wird, an dem man keine

---

1) Jäger Oscar, aaO, Band I, S. 15
2) Förster, aaO, S. 60, 61, 65
3) Förster, aaO, S. 36
4) Förster, aaO, S. 67

Rache nehmen kann, setzte sich später die jüngere Auffassung durch, wonach der Ehebruch weniger ein Verbrechen gegen den hintergangenen Ehegatten der Verführten als vor allem eine Sünde wider Jahwe ist.[1] Damit wird der Ehebruch zur Sünde und Gott als der allein Verletzte aufgefaßt, der den Tod des Schuldigen fordert, da gegen seinen Willen gehandelt worden ist. Diese Ansicht hat des weiteren zur Folge, daß nun auch das Weib des Ehebruches fähig ist. Die dargestellte Entwicklung zeigt also, daß dieser Rechtssatz aus ältester Zeit, der ursprünglich bei einer Übertretung die Friedloserklärung und das Recht zur Rache gegeben hat, dann in jüngerer Zeit um Gottes Willen die Bestrafung des Sünders fordert.

Aus den näheren Bestimmungen über den Ehebruch ergibt sich, daß dieser nur mit einer verheirateten Frau begangen werden konnte, zur Tatbestandserfüllung die Besamung verlangt (3 Mos 18, 20) und mit dem Tode bestraft wird (3 Mos 20, 10).[2] So heißt es in 5 Mos 22, 22 ausdrücklich: "Wenn ein Mann getroffen wird, liegend bei einem Weibe, welches verehelicht ist einem Manne, so sollen sie beide sterben, der Mann, der bei dem Weibe gelegen ist, und das Weib, und so vertilge das Böse aus Israel."

Nach dem talmudischen Rechte wurde die Todesstrafe durch Erdrosselung[3] vollstreckt, jedoch wurde darauf nur erkannt, wenn die Ehebrecher auf frischer Tat ertappt wurden und der Ehebruch durch 2 oder 3 Zeugen bewiesen wurde.[4]

Als Besonderheit kennt das Gesetz weiter Vorkehrungen zur Ermittlung des heimlich begangenen Verbrechens (4 Mos 5, 12-28). Blieb nämlich der Ehebruch verborgen, d.h. waren

---

1) Förster, aaO, S. 77 u. 78

2) Mayer Samuel, aaO, S. 432

3) Insoweit besteht ein Widerspruch zu Joh 8,5: Dort bringen die Schriftgelehrten und die Pharisäer eine Ehebrecherin und sagen:"Im Gesetz hat uns Moses befohlen, solche zu steinigen."

4) Mayer Samuel, aaO, S. 432

keine Zeugen vorhanden, schöpfte aber der Mann Verdacht, so mußte der Mann sein Weib zum Priester bringen, wobei dieser dann in einer großen Zeremonie unter Beschwörung göttlicher Strafen mit einer Trinkwasserprobe als Höhepunkt die Wahrheit von der Frau herausbekommen sollte. Dieses "Fluchwasser", das die vermeintliche Ehebrecherin trinken mußte, gab dann - je nach seiner Wirkung - Aufschluß darüber, ob die Frau die Tat begangen hatte oder nicht.[1] Auch dieser Vorgang zeigt, wie sehr das ganze Vergehen auf Gott bezogen war, er trat als Verletzter und als Rächer auf.

Ähnlich ist eine Bestimmung nach talmudischem Recht, wonach ein Mann, der seine Frau im Verdacht hat, daß sie mit einem anderen Mann geschlechtlichen Umgang pflegt, sie in Gegenwart von 2 Zeugen vor diesem Umgange verwarnen muß. Verweilt diese dennoch dann mit dem Buhlen so lange in einem geheimen Gemache, als der Beischlaf vollzogen werden kann, so muß der Mann sich von ihr trennen, er darf nicht mehr mit ihr zusammenleben und hat dem Ortsgerichte davon Anzeige zu machen. Bemerkenswert ist dann, daß beim großen Synedrium in Jerusalem, wohin die Frau gebracht wird, man in der Verhandlung erstmals ein Schuldgeständnis strafmildernd berücksichtigt. Sie wurde dann nicht mit dem Tode bestraft, sondern von ihrem Mann geschieden, durfte aber ihren Buhlen nicht heiraten. Dabei erwähnte der Vorsitzende in seiner Aufforderung zum Geständnis einige Milderungsgründe, wenn er fragt: "Meine Tochter! Hat der zu viel genossene Wein die Handlung veranlaßt ? oder dein Leichtsinn oder deine noch zu große Jugend? oder haben dich böse Nachbarn verführt?"[2] Verweigerte die Frau das Geständnis, wurde auch hier wieder die Wasserprobe vorgenommen.

---

1) Mayer Samuel, aaO, S. 433 u. 434

2) Mayer Samuel, aaO, S. 435

So finden wir bei den Israeliten erstmals genaue und ausführliche Bestimmungen über den Ehebruch, freilich alles gesehen vom religiösen Standpunkt aus als eine Verletzung Gottes.

c) Griechen:

Von einer ganz anderen Sicht geht das griechische Recht aus. Hier konnte die Ehe nicht als heilig geachtet werden, da die Götter und Göttinnen selbst die Ehe beliebig brachen (vgl. etwa Homer, Ilias III, V. 390 ff.). Daher wurde in Athen der Ehebruch nur als eine Verletzung des Ehe-, Familien- und Hausrechtes beurteilt. (Hierzu sagt Lysias in seiner Verteidigungsrede wegen Ermordung des Eratosthenes:[1] "Eratosthenes hat mit meiner Frau im Ehebruch gelebt, und damit nicht nur sie verführt, sondern auch meine Kinder beschimpft und an mir selbst gefrevelt, indem er sich in mein Haus eingedrängt hat").

Danach hat der Mann der Ehebrecherin das Recht, sich am Ehebrecher zu rächen; erschlug er den bei seiner Frau ertappten Ehebrecher, so war er nicht des Mordes für schuldig zu erklären.

Nach dem von Demosthenes (gegen Neära) angeführten Gesetz[2] stand dieses Recht jedem Kyrios zu; er durfte den Buhlen töten, wenn er ihn bei seiner Frau oder Mutter oder Schwester oder Tochter oder Pellakis (mit welcher er freie Kinder zeugte) ertappte. Denn im griechischen Recht wurde unter "Moicheia" nicht nur der Beischlaf mit der Frau oder dem Kebsweibe eines anderen Mannes verstanden, sondern jeder gesetzwidrige Beischlaf mit einem Mädchen oder einer Witwe außer mit Personen, welche sich in einem Bordell befanden oder auf dem Markte sich öffentlich feil-

1) mitgeteilt bei Mayer Samuel, aaO, S. 436/437
2) mitgeteilt bei Mayer Samuel, aaO, S. 437

boten. (Streitig war nur, ob "Moicheia" auch dann vorlag, wenn ein Athener bei der Frau eines Fremden oder Nichtbürgers überrascht wurde).

Da mit dem ertappten Ehebrecher nach Belieben verfahren werden konnte, kam es auch vor, daß der Kyrios manchmal sein Strafrecht preisgab und sich seinen Schmerz über die erlittene Kränkung durch eine bestimmte Geldsumme bezahlen ließ. Als eigenes Rechtsmittel wurde jedoch erst von Solon - gedacht als eine Beschränkung der rohen Selbsthilfe - die Möglichkeit geschaffen, auf Rache und Geldbuße zu verzichten und dafür Klage beim Gericht zu erheben. Unklar blieb hierbei, zu welcher Strafe der Schuldige dann verurteilt wurde, ob zu einer Geldbuße oder zum Tode; wahrscheinlich wurde aber die Strafe jeweils verschieden unter Berücksichtigung der mildernden bzw. der erschwerenden Umstände festgesetzt,[1] wofür vor allem die in der Praxis der verschiedenen Volksstämme ausgesprochenen Strafen sprechen (Beispiele: Herumtreiben der Ehebrecher auf Eseln um die Stadt; Ausstechen der Augen; öffentliche Verspottung; Entzug aller bürgerlichen Rechte; lebenslängliche Ehrlosigkeit; Dreitägiges Herumtreiben des gebundenen Ehebrechers um die Stadt bzw. Elftägiges Prangerstehen im leichten Unterkleide für die Ehebrecherin).

Gegen die Ehebrecherin bestand kein Tötungsrecht, selbst wenn sie von ihrem Manne auf frischer Tat ertappt wurde. Sie verlor dafür ihre bürgerlichen Rechte, durfte nicht mehr in die öffentlichen Tempel kommen noch öffentlich im Schmucke erscheinen, auch konnte sie jeder beschimpfen und mißhandeln. Ertappte sie der Mann, mußte er sie verstoßen, wenn er nicht der Strafe der Ehrlosigkeit verfallen wollte. Eine gerichtliche Klage gegen die Frau gab es in der Regel nicht, da ihre Strafe von Rechts wegen eintrat; nur, wenn der Ehebrecher auf handhafter Tat nicht ergriffen noch

---

1) Mayer Samuel, aaO, S.439

aus sonstigem Grunde belangt werden konnte, konnte sie wegen Ehebruchs angeklagt werden.[1)]

d) andere Völker

Das israelische und das griechische Recht wurden absichtlich etwas ausführlicher behandelt, weil sich darin die beiden Grundtendenzen zeigten, die auch bei den meisten anderen Kulturvölkern maßgebend waren. Sie kannten alle schon das Verbrechen des Ehebruches,. bestraften es auch bereits schwer, nur eben aus verschiedenen Gesichtspunkten heraus.

Bei den hochstehenden Völkern, die bereits feste Ordnungen des menschlichen Lebens kannten, beruhend auf ihrer Religion, Moral und Sitte, spielte immer bereits das Jenseits in das diesseitige Verhalten hinein. Was der Staat, die Autorität verlangte, war einfach das, was nach der göttlichen Weltordnung gut und recht war, d.h. das Gewohnheitsrecht, angesehen mit den Augen der jeweiligen Religion. Ein gutes Beispiel hierfür ist das alte indische Recht (vgl. die Darstellung von Dr. Oldenburg).[2)]

Bei den anderen Völkern, bei denen noch keine umfassende Staatenbildung festzustellen ist, sondern das Geschlecht bzw. der Stamm die moralischen Einheiten mit großer Autorität sind, wird das Verbrechen rechtlich nur als Schädigung des Familienbesitzes angesehen, die durch Ersatz bzw. Rache wieder gut gemacht werden muß. Dies läßt sich etwa am Recht der alten Araber erkennen (vgl. die Zusammenstellungen von Dr. Nöldeke und Dr. Wellhausen).[3)]

Hier kann aber mit steigendem Einfluß einer Religion - ähnlich wie in Israel - die ursprünglich private Rechts-

---

1) Mayer Samuel, aaO, S. 440

2) in: Theodor Mommsen u.a., Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, aaO, S. 69/70

3) in: Theodor Mommsen u.a., Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, aaO, S. 87 bzw. 91

schädigung im Rahmen einer Umwertung zu einem Vergehen gegen göttliche Gesetze werden, wie etwa im Osten durch den Einfluß des Islams (hierzu der Bericht von Dr. Goldziher).[1)]

Mit dieser allgemeinen Übersicht haben wir die wesentlichen Grundlagen aufgezeigt, worauf bei den ältesten Kulturvölkern eine Ahndung des Ehebruches beruhte. Im Laufe der weiteren geschichtlichen Entwicklung finden wir dann immer detailliertere Ausgestaltungen dieses Vergehens.

---

1) in: Theodor Mommsen u.a., Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, aaO, S. 101

II) Behandlung im Römischen Recht

1) Die Zeit der Republik

a) Verpflichtung durch Sittengebot

In ältester Zeit fehlt es in Rom an gesetzlichen, d.h. geschriebenen Bestimmungen über den Ehebruch. Eine Regelung hierüber findet sich weder im XII-Tafel-Gesetz, noch haben sich die Vermutungen nachweisen lassen, daß bereits vor der lex Julia gesetzliche Regelungen über eine Bestrafung des Ehebruches bestanden hätten. Dafür bieten weder die Königsgesetze einen Anhalt, noch kann von einem Bestehen einer lex Servilia oder Cornelia, die sich mit dem Ehebruch befaßt haben soll, ausgegangen werden.[1] Damit bleiben als Quellen aus jener Zeit nur Hinweise in den Werken von Schriftstellern der damaligen Epoche übrig, die freilich von untergeordneter Bedeutung sind, da ihre Aufzeichnungen allein auf den von Generation zu Generation überlieferten Rechtsgewohnheiten beruhen.[2]

Das Fehlen jeglicher gesetzlichen Regelung über den Ehebruch in jener Zeit hat seinen Grund wohl in zwei Umständen zu suchen, die der frühesten Zeit ihr Gepräge gaben. Einmal hatte das damalige Strafrecht hochpolitische Züge mit der Folge, daß die Gesetzgebung keine Veranlassung sah, sich in Familienangelegenheiten einzumischen.[3] Der Hauptgrund liegt aber darin, daß dort, wo eine gesetzliche Norm fehlt, eine Ahndung nur durch das Sittengesetz erfolgen konnte, dieses aber bei den alten Römern sehr streng war und auch bei allen in großem Ansehen stand, so daß deshalb ebenfalls kein Grund zu einem gesetzlichen Einschreiten gegeben war. Die Einhaltung dieser strengen

---

1) so überzeugend nachgewiesen von v.Wächter, Abhandlungen, aaO, S. 108 Anm. 16; Vgl. dazu auch Triebs, aaO, S.4/5.

2) Geib, aaO, S. 12 und 20; Vogt, aaO, S. 2

3) Rein, aaO, S. 836; Welsch, aaO, S. 8.

sittlichen Verpflichtungen wurde von der Familie überwacht, in deren Rahmen der Hausvater (pater familias) infolge seiner autokratischen Stellung eine herausragende Position hatte, wobei er bei der Überwachung der Zucht und Ordnung im römischen Hause gleichsam als Funktionär der staatlichen Strafgewalt die Pflicht hatte, über die Seinen die richterliche Gewalt auszuüben und sie gegebenenfalls infolge der ihm zustehenden unbeschränkten Strafgewalt zu strafen.[1)]

Durch dieses Sittengebot war nun die freie römische Frau gehalten, sich vor Eingehung der Ehe der Geschlechtsgemeinschaft überhaupt, nach derselben jeder anderen als der mit ihrem Ehegatten zu enthalten. Der Mann war von diesem Gesetz nur betroffen, sofern er mit einer anderen Frau als seiner Ehefrau concumbierte, wenn diese selbst wieder verheiratet war. Im übrigen beging er durch einen außerehelichen Beschlaf nur stuprum (Unzucht) und auch dies nur dann, wenn es sich um eine ehrbare Frau handelte (z.B. bei Verletzung der Keuschheit einer Jungfrau).[2)] Diese unterschiedliche Behandlung in der sittlichen Verpflichtung hat ihre Ursache in der Eigenart des römischen Hauses, das alle Familienmitglieder der "patria potestas", der hausherrlichen Gewalt, unterordnet und diesem eine Vorzugsstellung einräumt. Dies ist auch der Grund dafür, daß der Mann dann sich strafbar macht, wenn er nun seinerseits mit einer verheirateten Frau verkehrt, da er sich dadurch gleichzeitig der Verletzung einer anderen Hausgewalt schuldig macht, wie es ja in der Bezeichnung des Ehebrechers als "temerator alienarum nuptiarum" deutlich zum Ausdruck kommt.

Demnach wird der Begriff des Ehebruches für jene Zeit allgemein[3)] so bestimmt: "Ehebruch ist die Verletzung der ehe-

---

1) Lucas, aaO, S. 3; Vogt, aaO, S. 3

2) Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 688/689

3) Wächter, Abhandlungen, aaO, S. 103; Rein, aaO, S. 835

lichen Treue durch fleischliche Vermischung der Ehefrau mit einem Anderen als ihrem Ehemann." Hierbei ist lediglich anzumerken, daß das angegebene verletzte Rechtsgut der "ehelichen Treue" vielleicht etwas überbetont wird. Es ist zwar richtig, daß nur der Mann seiner Ehefrau gegenüber einen rechtlichen Anspruch auf Bewahrung der ehelichen Treue hat,[1] andererseits werden wir sehen, daß auch der Vater der Ehebrecherin Strafgewalt gegen beide Ehebrecher besaß. Deshalb ist im Ehebruch nicht allein ein Angriff auf das ehemännliche Treuerecht zu sehen, sondern zugleich ein Angriff auf das Institut der Ehe und ein Eingriff in fremde Familienrechte.[2]

b) Ahndung im Rahmen der Hauszucht

Eine weitere Folge der Behandlung des Ehebruches als eine Art "familiärer Angelegenheit" besteht darin, daß auch das Strafverfahren privat durchgeführt wurde im Rahmen der allgemeinen Hauszucht. In der Regel hatten dabei der Ehemann bzw. der Vater der Ehebrecherin auf Grund der hausherrlichen Gewalt das Amt des Richters und Vollstreckers inne.[3] Daneben wurde die Strafgewalt aber auch von einem Familiengericht (iudicium domesticum) ausgeübt, das allerdings nur in Aktion trat, wenn es von den zum Strafvollzug Berechtigten, also vom Mann oder vom Vater, angerufen wurde. Die Aufgabe dieses Gerichtes war es, nicht nur den Bund der Ehe und die Sitte zu schützen, sondern überhaupt die Ehre der Familie zu wahren.[4] Es setzte sich aus dem Vater und den Cognaten der Ehefrau sowie dem verletzten Ehemann zusammen und hatte dabei die volle Strafgewalt.[5] Durch diese Erweiterung des Strafvollzugs-

1) Welsch, aaO, S. 10; Hollesch, aaO, S. 3

2) ähnlich auch Triebs, aaO, S. 11/12 und Bock, aaO, S. 3 sowie Bennecke, aaO, S. 4

3) Goetsch, aaO, S. 18/19; Rehbein, aaO, S. 5/6

4) Lucas, aaO, S. 7

5) Bennecke, aaO, S. 3 Anm. 4 und S. 4

organs, die einer neutraleren Auffassung über die begangene Tat den Weg ebnete, wurde natürlich bewirkt, daß die von diesem Gremium gefällten Urteile überwiegend den Rachecharakter verloren und zu einer echten Strafe wurden. Ob man in diesem Gericht schon einen Vorläufer der öffentlichen Rache- bzw. Strafgewalt sehen kann, erscheint aber doch fraglich, da es ja vorerst nur nach Einberufung der unmittelbar Verletzten zusammentrat.

c) Strafrecht des Ehemannes und des Vaters

Bei den anzuwendenden Strafen ist zunächst der Fall zu behandeln, daß die beiden schuldigen Ehebrecher auf frischer Tat ertappt werden.

Hier konnte der Ehemann ohne vorherige Anrufung des Familiengerichts bzw. ohne vorherige Verstoßung seine Ehefrau ohne weiteres töten und setzte sich dabei nicht der Gefahr aus, deswegen etwa bestraft zu werden (vgl. Cato bei Gellius, Noctes, Atticae, X, 23.5: "in adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine iudicio impune necares").[1)]
Das gleiche Recht stand dem Mann auch gegen den überraschten Ehebrecher zu, doch blieb er hier nur unter der Voraussetzung straflos, daß mit jenem zusammen auch die Ehebrecherin mitgetötet wurde (vgl. Horaz, sat. II, 7, 61-62: "...Estne marito Matronae peccantis in ambo iusta potestas[2)]
Daneben hatte der Ehemann die Möglichkeit, sich am adulter nach Belieben auch in anderer Weise zu rächen, wobei besonders häufig Prügelstrafen, Kastrierungen und Verstümmelungen vorkamen.[3)] Er war dann infolge der besonderen Ursachen und Veranlassungen vor dem sonst bei Mißhandlung oder Tötung üblichen Iniurien- bzw. Mordverfahren geschütz

1) Lucas, aaO, S. 4/5

2) Daß diese Bestimmung des Tötungsrechts an beiden Ehebrechern schon vor der lex Julia bestanden hatte, weist überzeugend Lucas, aaO, S. 6 nach.

3) Rein, aaO, S. 838

Dieselbe Befugnis war aber auch dem Vater der Ehebrecherin eingeräumt, wofür mit ein Grund darin zu sehen sein mag, daß mit Einführung der Ehe ohne manus, der sog. freien Ehe, die Ehebrecherin ja weiter in der patria potestas verblieb. Zwar ist dieses Tötungsrecht nirgends verbürgt, doch kann man aus der späteren Regelung der lex Julia entnehmen, daß hier nur ein schon vorher bestehendes, gewohnheitsmäßiges Recht festgesetzt werden sollte.[1] Die Einschränkung, daß der Ehebrecher nicht allein getötet werden durfte, sowie die Möglichkeit, bei milderer Beurteilung der Sachlage auf die oben genannten anderen Strafen auszuweichen, bestanden natürlich auch für den Vater.

Zu bemerken ist noch, daß sowohl der Ehemann wie der Vater zu einer Bestrafung natürlich nicht verpflichtet waren, denn sie konnten ja auf eine eigene Ahndung der Tat verzichten und auch eine Strafe durch das Hausgericht abwenden, indem sie es gar nicht zusammentreten ließen. Insbesondere der Gatte hatte in einem solchen Fall die Wahl, ob er seine untreue Frau verstoßen oder ihr verzeihen und sie weiter bei sich behalten wollte.[2]

Anders verhielt es sich, wenn die beiden Schuldigen nicht bei der Tat überrascht wurden. Dann konnte der Mann die Frau entweder sofort verstoßen oder das Familiengericht anrufen.[3] Daß mit der Verstoßung zugleich eine Scheidung ausgesprochen wurde, die ja ohne rechtliche Begründung erfolgen konnte, was weiter einen Vermögensverlust der Frau nach sich zog (in der Regel behielt der Mann bei Ehebruch seiner Frau deren ganze dos, was später auf den 6. Teil der Mitgift herabgesetzt wurde, vgl. dazu im einzelnen Rein[4]), ist wohl nicht als Strafe im strafrecht-

---

1) So Bennecke, aaO, S. 4 Anm. 4 und Lucas, aaO, S. 5
2) Groß, aaO, S. 2; Goetsch, aaO, S. 19
3) Hollesch, aaO, S. 4
4) Rein, aaO, S. 837

lichen Sinne, sondern als reine zivilrechtliche Scheidungsfolge anzusehen. Während also die Frau auch hier bestraft werden konnte, war der mitschuldige Ehebrecher nur dann verantwortlich, wenn er sich noch in der patria potestas befand, weil nur in diesem Fall sein eigenes Hausgericht zusammentreten und ihn zur Rechenschaft ziehen konnte.[1)]

d) Kontrolle der Strafgewalt durch die Zensoren

Ein erstes wirksames Hemmnis gegenüber der an sich unbeschränkten Strafgewalt der Familie wurde durch die Errichtung des Zensorenamtes eingeführt, das zur Überwachung dieser Gewalt und zur Einschränkung der privaten Willkür berufen war. Die Zensoren, die ursprünglich eine reine Steuerbehörde waren, bekamen nach und nach auch die Aufgaben, die Sitten der Bürger, die ehelichen Verhältnisse und schließlich die gerechte Handhabung der Familiengerichtsbarkeit zu überprüfen, und wurden so zu einem sittenrichterlichen Kontroll- und Aufsichtsorgan.[2)] Damit war erstmals eine vorgesetzte Behörde geschaffen, die den Mann und den Vater wegen einer Überschreitung der ihnen zustehenden Strafbefugnis zur Verantwortung ziehen konnte. Zwar hatten die Zensoren keine eigentliche Strafgewalt, durch die Erteilung moralisch wirkender Rügen (infamia, nota censoria), die sich im Stimm- und Steuerrecht der Bürger auswirkten, besaßen sie aber einen starken indirekten Einfluß auf die Handhabung der privaten Strafgewalt.[3)] Neu und bemerkenswert in der Anerkennung der Zensoren als sittenrichterliche Behörde ist, daß nunmehr der Staat zum ersten Male versucht, die Strafgewalt beim Ehebruch den von Rache erfüllten Verwandten zu entziehen und sie einer unparteiisch urteilenden staatlichen Instanz zu übertra-

1) Bock, aaO, S. 3, Lucas, aaO, S. 7; Vogt, aaO, S. 4
2) Vogt, aaO, S. 5; Cohn, aaO, S. 4
3) Bock, aaO, S. 4; Lucas, aaO, S. 8

gen oder sie wenigstens durch diese kontrollieren zu lassen.[1)]

2) Die Lex Julia

a) Eingreifen des Staates wegen des Sittenverfalls

Eine wesentliche Änderung trat in der Folgezeit bei den Verhältnissen der Römer ein. Die erfolgreich geführten Kriege gegen die Punier sicherten nicht nur die Machtstellung Roms im Mittelmeerraum, sondern brachten auch Reichtum nach Rom. Dieser wiederum führte bei der Bevölkerung zu einem Nachlassen in der - vorher so strengen - sittlichen Auffassung, im Vordergrund standen nun Luxus, Prunksucht, Schwelgerei und Genußsucht. Die damit verbundene Sittenlosigkeit machte auch vor der Ehe nicht halt: auf Grund der allgemein üblichen Treulosigkeit der Ehepartner gingen die Eheschließungen stark zurück, die Geburtenziffer nahm erheblich ab, von einer Achtung der Frauenkeuschheit und der Familienehre konnte keine Rede mehr sein.[2)] Um nun diesem allgemeinem moralischen Verfall, der ja den Staat selbst und dessen Entwicklung erheblich gefährdete, Einhalt gebieten zu können, ergab sich für den Staat die Notwendigkeit öffentlicher Verfolgung, zumal sowohl Hauszucht und Familiengerichte wegen ihrer Parteilichkeit als auch die Zensoren infolge ihrer Nachsicht und Bestechlichkeit keine Gewähr mehr für eine erfolgreiche Bekämpfung des Ehebruches bieten konnten. Aus diesen Gründen und aus dem Gedanken heraus, daß der Ehebruch als Angriff auf Ehe und Familie die staatlichen Interessen berührt und deshalb eine einheitliche scharfe Verfolgung erfordert, erläßt Augustus im Jahre 18 v.Chr. die "Lex Julia de adulteriis coercendis" im Rahmen seiner

---

1) Bennecke, aaO, S. 5; Vogt, aaO, S. 5

2) Vogt, aaO, S. 6; Bennecke, aaO, S. 6; Mayer Samuel, aaO, S. 442

allgemeinen Ehegesetze, um damit der sittlichen Verwilderung entgegenzuarbeiten. Durch dieses Gesetz wurde der Ehebruch zu einem "crimen publicum" und nunmehr auch mit öffentlicher Strafe bedroht.[1] Wir sehen also, daß das Eingreifen des Staates auf diesem Gebiete des Eheschutzes - abgesehen von der örtlichen und zeitlichen Situation - seinen Ursprung in der Sorge um die Erhaltung der staatlichen Grundlagen hat, die jetzt einsetzende öffentliche Strafverfolgung ist einfach eine Gegenreaktion gegen die Geringschätzung der Ehe und Familie durch die Bevölkerung.

b) Tatbestand und Voraussetzungen des Ehebruchs

Der Begriff des Ehebruches wurde gegenüber der ältesten Zeit nicht verändert und umfaßte weiter jeden Geschlechtsverkehr einer in der Ehe lebenden Frau mit einem anderen als ihren Ehemann. Während jedoch bisher der Schutz nur gültigen Ehen (d.h. den nach ius civile oder ius gentium geschlossenen Heiraten, den sog. "iustae nuptiae") gewährt wurde, erstreckte er sich nunmehr auf jede Form eines geordneten monogamen Zusammenlebens, auch wenn sie vom Recht nicht anerkannt wurde, da allein entscheidend war, daß eine Frau dem die Treue brach, der nach außen als ihr Ehemann in Erscheinung trat. Aus diesem Grunde fielen auch eine incestuose Ehe, eine Putativehe, ja sogar das Konkubinat oder eine nicht einmal nach ius gentium geschlossene Ehe unter dieses neue Gesetz.[2]

Eine Einschränkung bestand nur insoweit, als solche Frauen nicht davon betroffen waren, von denen auf Grund ihrer Lebensstellung ein sittliches Verhalten nicht erwartet werden durfte. Dies waren neben den unfreien Frauen vor allem die öffentlichen Dirnen, die Inhaberinnen öffentlicher

---

1) Groß, aaO, S. 5; Hollesch, aaO, S. 6

2) Rein, aaO, S. 840/841; Bennecke, aaO, S. 7; Bock, aaO, S. 5/6; Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 693.

Bordelle, Kupplerinnen, Schauspielerinnen sowie die Wirtinnen und Dienerinnen öffentlicher Schenken, ferner Frauen, die in einem unehrenhaften Konkubinat lebten.[1] Zu beachten ist hierbei aber, daß der bloße zweifelhafte Lebenswandel einer an sich ehrbaren freien Römerin diese nicht von den rechtlichen Folgen einer Keuschheitsverletzung befreien konnte.[2]

Auf subjektiver Seite verlangte das Gesetz vorsätzliches Handeln ("sciens dolo malo"), d.h. Kenntnis der faktischen Verhältnisse in concreto und Handeln trotz dieser Kenntnis. Das erforderte bei der Frau das Bewußtsein, eine außereheliche geschlechtliche Verbindung einzugehen (weshalb sie im Falle einer Täuschung oder eines Irrtums - z.B. Annahme der Eheauflösung - oder bei Anwendung von Gewalt ihr gegenüber straflos blieb) und beim Dritten die Kenntnis vom ehelichen Verhältnis der Frau (er wurde also nicht bestraft, wenn sich die Frau ihm gegenüber als ledig ausgibt oder Dirnenkleider trägt).[3] Fehlt eines der aufgezählten vorsätzlichen Merkmale, so war eine Bestrafung wegen Ehebruches nicht mehr möglich, die Beteiligten konnten sich aber noch eines stuprums schuldig machen, worunter man schlechthin die Unzucht verstand.[4]

Wie bereits erwähnt, bestand die Handlung in der naturgemäßen Vollziehung des Beischlafes, seine Vollendung war nötig zur Begründung der Tat; jede andere Handlung, insbesondere auch der bloße Versuch, konnte nur als "iniuria" geahndet werden.[5] Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß nach diesem Gesetz auch die Teilnahme und die Beihilfe am Ehebruch unter Strafe gestellt waren, und zwar wurden diese Handlungen entweder als quasi adulterium oder

---

1) Vgl. Dig 48,5; Vogt, aaO, S. 7; Lucas, aaO, S. 12; Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 692.

2) Vogt, aaO, S. 8

3) Triebs, aaO, S. 15; Groß, aaO, S. 7

4) Hollesch, aaO, S. 7; Vogt, aaO, S. 8

5) Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 695

als lenocinium eingestuft.[1)]

c) Aufnahme in die öffentlichen Verbrechen und Durchführung des Ehebruchsprozesses

Die entscheidende Neuerung der Lex Julia liegt in der Zulassung einer öffentlichen Klage, um so eine kriminelle Bestrafung der Ehebrecher herbeiführen zu können - eine logische Konsequenz aus der Ansicht, daß der Staat selbst durch den Ehebruch in seiner Sicherheit gefährdet ist. Äußerlich zeigte sich diese Wandlung darin, daß der Ehebruch nun in die öffentlichen Verbrechen eingereiht und damit zu einem "crimen publicum" wurde.[2)] Zwar mag dabei auch der Gedanke mitgespielt haben, dadurch die Rohheiten der alten Privatstrafgewalt einschränken zu können, primär wurde aber diese Änderung des Tatcharakters vorgenommen, um das für den Staat so wichtige eheliche Verhältnis rein zu erhalten und so für legitime Nachkommenschaft sorgen zu können[3)] - beides waren ja die Hauptanliegen des Kaisers Augustus bei der Durchführung seiner gesamten Ehegesetzgebung.

Als Folge der Angliederung des Ehebruches an die "iudicia publica" wurde nun auch das Verfahren erheblich geändert; es wurde ein eigener Ehebruchsprozeß eingeführt, der vor einem selbständigen Gerichtshof ("quaestio") unter Vorsitz eines Prätors von Geschworenen abgehandelt wurde.[4)] Allerdings ging man nun nicht gleich soweit, daß man schon von Amts wegen staatlicherseits eingriff, vielmehr war die öffentliche Strafverfolgung vom Anklageprinzip beherrscht. Dem Grundsatz nach konnte jeder, also auch ein extraneus, die Anklage wegen Ehebruches erheben;[5)] jedoch hatte das

1) Rein, aaO, S. 842
2) Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 696
3) Wächter, Abhandlungen, aaO, S. 110
4) Triebs, aaO, S. 16/17
5) Bennecke, aaO, S. 8 Anm. 4

römische Prozeßrecht diese Verfolgung sehr genau geregelt und von mehreren Voraussetzungen abhängig gemacht.

So besaßen zunächst einmal der Ehemann und der Vater der Ehebrecherin als Prozeßprivileg ein Anklagemonopol dergestalt, daß sie beide innerhalb von 60 Tagen ("dies utiles") allein das Klagerecht unter Ausschluß eines jeden extraneus besaßen. Mit der Klage konnte dabei gegen die Ehebrecherin und gegen deren Mitschuldigen vorgegangen werden, jedoch niemals gegen beide zugleich.[1] Weitere Voraussetzung für dieses Klagerecht war dann noch die vorausgehende Ehescheidung durch den Ehemann, die damit erstmals für die Verfolgung dieses Vergehens eine Rolle spielte.[2] Freilich hatte damals dieses Scheidungserfordernis seine Grundlage in anderen Umständen als heute, so daß es wohl zu weit ginge, hier schon von einer Strafbarkeitsvoraussetzung zu sprechen. Denn einmal war die Scheidung in der damaligen Zeit ein reiner Privatakt, die ohne Mitwirkung einer Behörde durch eine einseitige Erklärung mit der Folge der Eheauflösung herbeigeführt werden konnte, wobei die Lex Julia dies nur insofern etwas erschwerte, als nach ihr diese Erklärung vor 7 Solemnitätszeugen erfolgen mußte.[3] Entscheidend für diese Voraussetzung war aber zum anderen die Tatsache, daß der Ehemann sogar zur Scheidung verpflichtet war, falls er seine ungetreue Gattin auf der Tat ertappte, da er sich sonst der Gefahr einer Anklage wegen Kuppelei ausgesetzt hätte.[4] Denn unter "lenocinium" wurde damals nicht nur die Verleitung zu einer Keuschheitsverletzung und die Gewinnziehung aus ihr verstanden, vielmehr reichten bereits ihre Duldung, ja sogar die Heirat einer ehebrecherischen Frau zur Erfüllung dieses Tatbestandes aus.[5] Schwieriger war die Lage, wenn der Ehemann

---

1) Welsch, aaO, S. 13
2) Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 697
3) Bock, aaO, S. 6; Vogt, aaO, S. 9
4) Triebs, aaO, S. 19
5) Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 699/700

seine Frau nicht ertappte. In diesem Falle brauchte er seine Frau, selbst wenn er sie im Verdacht hatte, nicht fortschicken, er konnte sie sogar wieder zu sich nehmen, wenn er sie schon fortgewiesen hatte, sobald er von der kaum begonnenen Klage Abstand nahm. Da der Mann durch ein derartiges Verhalten zum Ausdruck brachte, daß er seine Frau nicht anklagen wolle, erlosch damit sein Klagerecht; er konnte auch nicht mehr gegen seine Frau vorgehen, sonst wurde er durch ein "praescriptio" zurückgewiesen, wonach ihm infolge seines Unterlassens eine "restitutio in integrum" verweigert wurde.[1] Da nun aber trotzdem der Ehemann in einem solchen Fall - auf Grund des allgemeinen Klagerechtes - Gefahr lief, von anderen den Vorwurf zu hören, sich der Kuppelei dadurch schuldig gemacht zu haben, daß er die Ehe nicht auflöste und damit dem adulterium indirekt Vorschub leistete, erlaubte das Gesetz dem Ehemann (und daneben dem Vater) eine solche Anklageerhebung auch bei bloßem Verdacht, ohne daß bei dessen Unbegründetheit eine Strafe wegen schikanöser Klageerhebung (sog. "calumnie") erfolgen konnte.[2]

Wie bereits erwähnt, hatte auch der Vater der Ehebrecherin als Privileg das zeitlich reservierte Anklagerecht und die Möglichkeit, auch bei Verdacht schon Anklage zu erheben. Als Besonderheit war hier zu berücksichtigen, daß der Vater im Falle einer Klage seinerseits beweisen mußte, daß der Ehemann im Einverständnis mit seiner Frau die Klage nicht anhängig machen will, weil nämlich der Ehemann als Hauptbeteiligter im Falle gleichzeitiger Klageerhebung den Vorrang besaß, außer, der Vater konnte nachweisen, daß der Mann "infamis" war oder nur zum Schein anklagte.[3] Lebte dagegen die Ehebrecherin noch mit ihrem Manne zusammen, so war auch bei Anklage des Vaters erforderlich,

---

1) Rein, aaO, S. 844

2) Bennecke, aaO, S. 9; Lucas, aaO, S. 13

3) Rein, aaO, S. 845

daß zuvor ihr Mitschuldiger zur Rechenschaft gezogen und ihr Mann wegen Kuppelei belangt wurden.[1)]

Nach Ablauf dieser 60 Tage, die von der Scheidung an gerechnet wurden, wobei nur die "dies utiles", also nicht die Tage gezählt wurden, an denen einer abwesend war, und bis zum erstmaligen Auftreten gingen, stand dann dieses Anklagerecht jedem anderen extraneus zu, sogar einem libertinus oder infamis, ja selbst einem Minderjährigen, falls dieser als verletzter Ehegatte auftrat, weil er nämlich noch nicht iure mariti, sondern nur als extraneus klagen konnte.[2)] Aber auch bei dieser allgemeinen Klagebefugnis war wieder alles bis in die Einzelheiten geregelt. Traten beispielsweise mehrere Personen als Ankläger auf, so wählte der Richter einen davon aus. Dabei ist noch darauf hinzuweisen, daß ein anderer auch dann auftreten konnte, wenn der Ehemann starb oder seine ursprünglich erhobene Klage wieder fallen ließ.[3)] Ein weiterer Grundsatz war, daß nicht beide Ehebrecher gleichzeitig zur Rechenschaft gezogen werden konnten. Die Reihenfolge der Anklage hing deshalb von besonderen Umständen ab:

War eine Scheidung noch nicht erfolgt, bestand also die angeblich verletzte Ehe noch fort, so konnte der Dritte überhaupt erst anklagen, wenn er zuvor ihren Mann als "leno" angezeigt hatte und dieser wegen seines Verhaltens im Zusammenhang mit dem Ehebruch der Kuppelei für schuldig befunden und deshalb auch verurteilt wurde.[4)]

Im Falle einer vorhergegangenen Scheidung der Ehe - das gleiche galt für den Fall, daß die Ehebrecherin inzwischen Witwe geworden war - stand es dem Ankläger grund-

---

1) Dig 48,5,2; Bock, aaO, S. 6; Vogt, aaO, S. 9
2) Rein, aaO, S. 845
3) Rein, aaO, S. 846
4) Triebs, aaO, S. 18

sätzlich frei, ob er nun zuerst gegen die "adultera" oder gegen ihren Buhlen vorgehen wollte. War dann der eine Prozeß beendet, so konnte er dann Anklage gegen den anderen Ehebrecher erheben.[1)]

Eine Ausnahme davon galt aber wieder für den Fall, daß die geschiedene Ehebrecherin vor der Meldung der Anklage sich wieder verheiratet hatte, selbst wenn der neue Gatte der frühere Buhle war. War dann nämlich die Frau wegen ihres früheren Ehebruches noch nicht angeklagt und verurteilt, so mußte zunächst der "adulter" angeklagt werden, damit die neue Ehe nicht gestört wurde. Siegte in diesem Prozeß der Angeklagte, so konnte auch die Ehebrecherin nicht mehr belangt werden; wurde der Ehebrecher dagegen verurteilt, so hatte dies noch keine Wirkung gegen sie, vielmehr war erst jetzt eine Anklage gegen sie möglich. War die Ehebrecherin aber bereits verurteilt und hatte erst dann wieder geheiratet, so war fraglich, ob nun der Ankläger zuerst den neuen Ehemann wegen Kuppelei oder den früheren Ehebrecher wegen dieses Vorgehens anklagen mußte, was wohl wahrscheinlicher war.[2)]

Daneben waren auch noch für das Beweisverfahren sehr eingehende Bestimmungen getroffen, insbesondere über die Zeugenaussagen von Sklaven als Beweismittel. Da diese für den Nachweis oft unentbehrlich waren und bei Zweifel über ihre Aussage die Folter angewendet werden konnte, weshalb die als Tatzeugen in Betracht kommenden Sklaven häufig vorher freigelassen wurden, mußte beispielsweise im Gesetz ausdrücklich bestimmt werden, daß in den ersten 60 Tagen nach der Scheidung kein Sklave freigelassen oder veräußert werden dürfte, da sonst einem derartigen Vorgang die Anerkennung versagt würde.[3)]

1) Rein, aaO, S. 846; Triebs, aaO, S. 20

2) hierzu ausführlich Rein, aaO, S. 21

3) Näheres zu diesen Fragen bei Triebs aaO, S. 23/24 und bei Rein, aaO, S. 847; dort auch Einzelheiten über die Behandlung von Sklaven, die als Ehebrecher angeklagt wurden.

Schließlich hatte das Gesetz das Anklagerecht noch bestimmten Fristen unterworfen: Wie erwähnt, war einmal die Anklage des Ehemanns und des Vaters nur in den ersten 60 Tagen nach erfolgter Scheidung möglich. Aber auch für das allgemeine Klagerecht war nach vorheriger Scheidung eine Frist von 6 Monaten vorgeschrieben, die ab dem Tage der Begehung des Ehebruches bzw. - wenn die Ehebrecherin wieder verheiratet war - vom Tage der Scheidung an gerecht wurde. Nach Ablauf von 5 Jahren seit der Tat konnte dann überhaupt keine Anklage mehr erhoben werden, damit trat dann endgültig die Verjährung ein.[1)]

d) Die strafrechtliche Ahndung

Was nun die strafrechtlichen Konsequenzen des Ehebruches im Julischen Gesetz betrifft, müssen wir streng zwischen den Folgen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Ahndung unterscheiden.

Die Strafen, die auf Grund der öffentlichen Anklage ausgesprochen werden konnten, waren für die beiden Ehebrecher gleich und bestanden einmal in der Verbannung auf Inseln, der sog. "relegatio in diversas insulas", also auf verschiedene, wobei diese Relegation grundsätzlich auf Lebenszeit erfolgte.[2)] Daneben traten des weiteren noch Vermögens- und Ehrenstrafen: so verlor die Ehebrecherin ein Drittel ihres Vermögens und daneben noch die Hälfte ihrer Mitgift (dos), während der Ehebrecher mit dem Verlust seines halben Vermögens bestraft wurde. Weitere Nebenstrafen bestanden in einer Minderung der Ehre: beide Ehebrecher waren nach ihrer Verurteilung unfähig, etwa als Testamentszeugen auftreten zu können; im Falle, daß der Ehebrecher als Soldat diente, wurde er zur Strafe aus dem Heer entlas-

1) Triebs, aaO, S. 24; Rein, aaO. S.847/848; Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 698; Welsch, aaO, S. 13/14.

2) Zu dieser Streitfrage eingehend Bennecke, aaO, S. 12 Anm. 5 und Wächter, Abhandlungen, aaO, S. 112 Anm. 27

sen. Schließlich kommt für die verurteilte Ehebrecherin noch das Verbot der Wiederverheiratung hinzu, was bei lebenslänglicher Verbannung nur zum Tragen kam, wenn die Frau begnadigt wurde. Die einzige Möglichkeit, dieses Verbot zu umgehen, war dann gegeben, wenn die Frau sogleich nach ihrer Scheidung sich wieder verheiratete, bevor gegen sie eine Anklage erhoben wurde.[1)]

Es ist hierbei interessant zu sehen, daß man trotz öffentlicher Verfolgung und Strafe bereits versuchte, dem individuellen Charakter dieses Vergehens dadurch Rechnung zu tragen, daß man daneben noch personalbezogene Strafen verhängte, die die Betroffenen am Vermögen und in der Ehre schwer trafen. Vielleicht zeigt sich darin auch eine gewisse Unsicherheit des Gesetzgebers, wie man dieses Fehlverhalten wohl am sinnvollsten und vor allem am wirksamsten bestrafen könne.

e) Beschränkung des Selbsthilferechtes

Auf der anderen Seite wagte es aber auch das Julische Gesetz nicht, mit den alten gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen völlig zu brechen und damit die privaten Selbsthilferechte ganz abzuschaffen. Dafür bemühte sich die Lex Julia umso mehr, auch die Voraussetzungen für ein privates Einschreiten gesetzlich genau festzulegen, und es wurden dabei so viele Beschränkungen eingefügt, daß man dem Ziel, dem völligen Ausschluß der Familienrache, erheblich näher kam.

Deshalb war das gewohnheitsrechtlich bestehende Tötungsrecht im früheren Umfange nur dem Vater der Ehebrecherin, egal ob er der natürliche oder nur der Adoptivvater war, eingeräumt, wobei auch dieses Recht wieder mehrfach beschränkt war. Die Möglichkeit zu einem eigenmächtigen Ein-

---

1) Mommsen, Strafrecht, aaO, S. 698; Rein, aaO, S. 848/849; Bennecke, aaO, S. 12.

schreiten war für den Vater überhaupt nur gegeben, wenn die verheiratete Tochter noch in seiner väterlichen Gewalt stand oder doch - bei einer Manusehe - durch ihn ("patre auctore") in die Gewalt des Mannes gekommen war. Weiter mußte der Vater das ehebrecherische Paar auf frischer Tat ertappen und sie dabei entweder in seinem eigenen Hause oder in dem seines Schwiegersohnes antreffen. Selbst das alles genügte noch nicht, um die Tötung für ihn zu einer erlaubten zu machen. Der Vater mußte beide Schuldigen "in continenti" töten, d.h. unmittelbar nach dem Ehebrecher auch seine mitschuldige Tochter gleichsam "prope uno ictu et uno impetu". Nur, wenn einer der beiden einen Fluchtversuch machte, durfte der Vater nach der Tötung des einen Schuldigen den Fliehenden verfolgen und auch dann noch töten. Verschonte er auch nur einen, so wurde er wegen der Tötung des anderen Teiles als Mörder angeklagt.[1] Diese Bestimmungen zeigen das große psychologische Verständnis des Gesetzgebers, das sich in dem Zwang für den Vater wiederspiegelt, auf jeden Fall auch seine Tochter töten zu müssen; vermutlich war dieser Appell an die natürliche Kindesliebe des Vaters selten vergeblich, so daß diese Bestimmungen das private Tötungsrecht erheblich verminderten.

Noch stärker war die Tötungsbefugnis des Ehemannes eingeschränkt. So war ihm eine Tötung seiner schuldigen Ehefrau überhaupt untersagt, andernsfalls machte er sich eines Mordes schuldig. Aber auch eine Tötung des Ehebrechers war nur bei Erfüllung mehrfacher Voraussetzungen möglich. Ein Vorgehen kam einmal überhaupt nur gegen Personen aus geringem Stande in Betracht, wozu etwa Sklaven, Freigelassene, Leute, die sich mit dem Körper ihren Lebensunterhalt verdienten (Gladiatoren, vestiarii), gehörten, sowie ehrlose Ehebrecher ("infames"), worunter etwa

1) genaue Quellenangabe hierfür bei Triebs, aaO, S. 29; Rein, aaO, S. 843 und Bennecke, aaO, S. 10.

Lenones, histriones oder öffentlich Verurteilte fielen. Weiter mußte auch der Ehemann den Ehebrecher auf frischer Tat und zwar in seinem Hause antreffen. Tötete er dann den adulter, so war er verpflichtet, einmal seine Frau sofort zu entlassen, zum anderen binnen 3 Tagen dem Träger der Jurisdiktion im Sprengel des Tatorts Anzeige zu machen, mit wem und wo er seine Ehefrau im Ehebruch angetroffen habe. Fehlte auch nur eine dieser Voraussetzungen, so blieb der Ehemann der Tötung schuldig, es wurde ihm höchstens der Affekt als strafmildernd angerechnet.

Den Ehebrecher, den er nicht töten durfte, konnte er lediglich 20 Stunden lang hintereinander festhalten, damit er in dieser Zeit Nachbarn herbeirufen konnte, die er dann beim Prozeß als Zeugen dafür brauchte, daß er auch tatsächlich den Buhlen beim Ehebruch erwischt habe. Andererseits durfte er auch nicht die in flagranti ertappten Ehebrecher laufen lassen, da er sich sonst einer Klage wegen Kuppelei aussetzte.[1)]

Diese noch strengeren Beschränkungen hatten ihren Grund darin, daß der Mann als unmittelbar Verletzter sich vor Zorn und Schmerz noch eher zur privaten Rache verleiten ließ als der Vater der Ehebrecherin.

Diese zahlreichen Kautelen, die das Selbsthilferecht gegenüber früher doch sehr wesentlich erschwerten, waren alle von dem Gedanken getragen, das private Racherecht so weit als möglich einzuschränken und die Ahndung des Ehebruches nunmehr der staatlichen Strafgewalt zu unterstellen, wozu die Lex Julia entscheidend beitragen konnte.

---

1) Rein, aaO, S. 843/844; Triebs, aaO, S. 39-43 mit näheren Einzelheiten.

3) Die Zeit bis Justinian

a) Sittlicher Verfall des Staates:

Während Horaz[1] die erfolgreichen Wirkungen der Lex Julia noch überschwenglich mit den Worten pries: "Das Haus wird nicht mehr von Bastarden entehrt, Sitte und Gesetz bezähmen das schmachvolle Unrecht, die Kinder sind den Eltern ähnlich, denn sie wurden nicht im Ehebruch gezeugt, die Strafe folgt sofort auf die Schuld", blieb das Gesetz, das ja für das ganze nachfolgende römische Recht die Grundlage bildete, tatsächlich lange Zeit erfolglos. Es wird uns berichtet, daß Augustus selbst dieses Gesetz gegen seine Tochter und seine Enkelin anwenden und sie mit Verweisung auf eine Insel bestrafen mußte.[2] In der Folgezeit nahm die Sittenlosigkeit weiter in erschreckendem Maße zu, selbst oder gerade in der vornehmen Gesellschaft (manche Kaiser miteingeschlossen) ging man mit entsprechendem Beispiel voran, Zuchtlosigkeit gehörte zum guten Ton.[3] Daß auch der Staat unter dieser Verdorbenheit des Volkes litt, war offensichtlich; die Versuche mancher Herrscher, wieder Ordnung herzustellen, blieben ohne Erfolg, was wiederum oft zu einer grausamen Überschreitung der möglichen Strafen führte. Aus diesen Gründen war dieser Zeitraum gekennzeichnet durch schwerste Strafen gegen die Ehebrecher und durch den Kampf gegen die vielfältigen Versuche, die Bestimmungen der Lex Julia zu umgehen.[4]

Daß diese Schilderung nicht übertrieben ist, sondern daß wirklich Frauen teilweise nur deshalb Ehen eingingen, um jugendliche Liebhaber anzulocken, die dann frei von Sorgen um eine eigene Familie ihren Vergnügungen nachgehen konnten, zeigt die Notwendigkeit eines Senatsbeschlusses, den

1) in Carm., IV, 5, 21
2) Mayer Samuel, aaO, S. 442
3) Quanter, aaO, S. 58/59
4) Bennecke, aaO, S. 13

Tiberius zur Verhinderung des Schlimmsten erlassen mußte.[1] Es hatte sich nämlich herausgestellt, daß Römerinnen sich von den Ädilen als öffentliche Huren privilegieren ließen oder Kupplerinnen oder Schauspielerinnen wurden, um so den Strafen für Ehebruch entgehen zu können. Dies untersagte nun Tiberius unter Androhung schwerster Strafen wenigstens den "vornehmen" Frauen, d.h. solchen, deren Großvater, Vater oder Ehemann ein römischer Ritter war, Privilegierungen für sie wurden nicht mehr anerkannt.[2]

In der Folgezeit waren die Herrscher - als Nachfolger kamen Caligula, Claudius, Nero - selbst bemüht, ihre Untertanen an Sittenlosigkeit noch zu übertreffen, was ihnen auch, wie uns die Geschichtsschreiber der damaligen Zeit berichten, bestens gelang: sie raubten Ehefrauen, verführten Bräute und entehrten Frauen.[3] Umso erstaunlicher mutet es einem an, daß ausgerechnet unter Caligula die im Ehebruch liegende Untreue des Mannes erstmalig geahndet wurde und zwar mit dem Verlust des Ritterpferdes, was freilich noch nicht als strafrechtliche Folge anzusehen war.[4]

Nach einer kurzen Besserung unter dem sittenstrengen Vespasian und Titus zerstörte Domitian sogleich diesen Zustand, obgleich er das fast vergessene Julische Gesetz wieder erneuerte, durch ein Edikt dessen Anwendung sogar verschärfte und schließlich selbst die Zensur wieder aufleben ließ und sich zum Censor auf Lebenszeit ernannte. Er war aber in der Durchführung maßlos, ging unerhört grausam mit strengsten Strafen, sogar der Todesstrafe, gegen den Ehebruch vor und scheute sich nicht einmal da-

---

1) Sueton, Tiber, cap. 35; Vogt, aaO, S. 11/12

2) Bennecke, aaO, S. 14

3) Dio Cass. 59, 2, 3/59, 9/60, 18 u. 31/ 62, 15; Vogt, aaO, S. 12

4) Sueton, Calig. cap. 8; Lucas, aaO, S. 20

vor, solche Frauen hinrichten zu lassen, die er selbst vorher verführt hatte.[1)]

Daß auch weiterhin keine Besserung in den Verhältnissen eintrat, kann man daraus ersehen, daß die doch an sich schon harten Strafen der Lex Julia den Kaisern zu einer wirksamen Ahndung nicht mehr ausreichten, weshalb sie ohne Rücksicht auf das Gesetz immer grausamer gegen die Schuldigen vorgingen. Während Caracalla für die Ehebrecher die Todesstrafe einführte, ging Macrinus noch weiter und verschärfte sie dergestalt, daß er das ehebrecherische Paar zusammenbinden und so verbrennen ließ.[2)]

Die nachfolgenden Herrscher bemühten sich wieder um eine Hebung der Sitten und um eine wirkliche Bestrafung der Ehebrüche. In diesem Rahmen ist eine von Severus veranlaßte Gesetzerweiterung zu sehen, nach der die Lex Julia auch auf die treulose Braut, die mit einem Dritten verkehrte, erstreckt wurde; dabei hatte der Verlobte aber weder das Tötungsrecht noch das bevorzugte Klagerecht des Ehegatten.[3)] Bei ihm wurde auch wieder als Strafe die Verbannung auf Inseln ausgesprochen; des weiteren wurde der Ehemann, der seine Frau und den Ehebrecher, den er nicht töten durfte, auf frischer Tat ertappte und sie im Affekt erschlug, nicht mehr wie ein gemeiner Mörder mit dem Tode bestraft, vielmehr wurde er dann auf Grund seines "iustus dolor" in das Exil geschickt.[4)]

b) Milderung durch ersten Einfluß des Christentums

In der Zwischenzeit setzte sich das Christentum immer mehr durch und wurde unter Konstantin sogar zur Staatsreligion erhoben mit der Folge, daß diese Anschauungen nicht ohne

---

1) Sueton, Dom. cap. 8; Bock, aaO, S. 8
2) Bennecke, aaO, S. 15
3) Dig 48,5,14,3
4) Hollesch, aaO, S. 11

Einfluß auf Recht und Gesetz blieben. Da man nunmehr den Ehebruch nicht mehr so sehr unter dem Gesichtspunkt eines Vergehens gegen die Sicherheit des Staates, sondern vielmehr als einen Angriff auf die Heiligkeit des Familienbandes betrachtete und damit den sittlich religiösen Gehalt in den Vordergrund schob, wonach der Ehebruch eine die göttliche Institution der Ehe verletzende Sünde darstellte, erfolgte bei Konstantin eine entscheidende Änderung dahin, daß das "adulterium" seinen Charakter als "crimen publicum" verlor. Die erste und einzige Konsequenz, die daraus gezogen wurde, bestand in der Aufhebung des allgemeinen Klagerechts für jeden Bürger; der Staat griff nur mehr ein, wenn der Ehemann oder andere nahe Verwandte (Vater, Bruder oder Oheim der Ehebrecherin) Anklage erhoben, weil man nur bei ihnen tatsächlich eine Empörung über die Tat anerkennen wollte und weil man dadurch Dritte von störenden Eingriffen in die Ehe ausschloß.[1] Dabei hatte der Ehemann auf Grund seiner Stellung als "Rächer des Ehebettes" (genialis thori vindex) gegenüber den anderen den Vorzug.

Die übrigen Änderungen dagegen beruhten noch nicht auf christlichem Einfluß, sondern waren eine praktische Folgerung aus den gegebenen Umständen.[2] Der Ehebruchsbegriff blieb unverändert, jedoch wurde der Kreis der Schuldigen erweitert, da jetzt auch die Schenkwirtinnen (dominae cauponae) dem Ehebruchsgesetz unterstellt wurden, die nach der Lex Julia noch - ebenso wie die Dirnen (meretrices) und Dienerinnen (ministrae cauponae)- privilegiert waren. Eine Milderung wurde beim Anklagerecht des Ehemanns eingeführt: während er früher bei Klageerhebung seine Frau sofort entlassen mußte, konnte er jetzt sie bei sich behalten, falls sich die Anklage auf einen bloßen Verdacht stützte. Andererseits trat eine Strafverschärfung und

---

1) Welsch, aaO, S. 15

2) Mayer Samuel, aaO, S. 445/446

gleichzeitig eine Ungleichbehandlung der Schuldigen ein: für den Ehebrecher war die Todesstrafe durch das Schwert angedroht, mit der auch die Vermögenskonfiskation verbunden war; für die Ehebrecherin blieb es bei der Strafe der Relegation auf Inseln.[1)]

Noch strenger in ihren Anschauungen waren die Söhne Konstantins, die dem Ehebrecher nicht nur für einen sacrilegus hielten, sondern seine Tat an Schwere dem Vatermord gleichstellten und auch die dafür bestimmte Strafe (lebendig verbrennen bzw. einsäcken und ertränken) als Ahndung festsetzten.[2)]

Interessant ist, daß in dieser Zeit (unter Valentinian und Theodosius) die ersten Versuche - freilich nur auf zivilrechtlichem Gebiet - zur Gleichstellung der Geschlechter gemacht wurden, indem der Frau unter gewissen Umständen (Verkehr des Gatten mit Konkubinen im Hause) ein Scheidungsrecht eingeräumt wurde.[3)]

Beachtenswert ist weiter, daß das private Tötungsrecht zwar formell weiterbestand, es aber anscheinend nicht mehr zur Anwendung kam, da sonst die christlichen Kaiser sicherlich darüber Bestimmungen getroffen hätten. Mit der Aufhebung des allgemeinen Klagerechts dürfte damit in dieser Epoche das Ziel der Lex Julia - Ahndung des Ehebruches nur durch staatliche Gerichte - erreicht worden sein.

c) Die Regelung unter Justinian:

Der letzte große Abschnitt in der Entwicklung des römischen Rechtes ist die umfassende Gesamtgesetzgebung unter Justinian, die zunächst in der Frage der Ahndung des Ehe-

1) Bennecke, aaO, S. 16/17; Bock, aaO, S. 9
2) Wächter, Abhandl., aaO, S. 119
3) Goetsch, aaO, S. 22; Lucas, aaO, S. 25

bruchs auf der Grundlage der Lex Julia beruhte. Eine teilweise Neuregelung erfolgte erst in den Novellen 117 und 134, die hauptsächlich die Strafen für die Ehebrecher betrafen.

Dabei wurde für den adulter die Todesstrafe durch das Schwert bestätigt, ebenso die damit verbundene Vermögenskonfiskation, die allerdings dann nicht mehr zugunsten des Staates erfolgen sollte, wenn der Ehebrecher verheiratet war (dann konnte seine Frau ihre dos und donatio propter nuptias oder in Ermangelung einer solchen ¼ des Mannesvermögens zurückbehalten) oder Ascendenten oder Descendenten bis zum 3. Grade hatte (dann trat die gesetzliche Erbfolge ein), damit die Vermögensstrafe nicht auch Unschuldige treffen sollte.[1)]

Für die Ehebrecherin trat an die Stelle der Relegation eine neue Strafe, nämlich die Einsperrung in ein Kloster, wobei sie vorher noch körperlich gezüchtigt werden sollte,[2)] und daneben als Vermögensstrafe der Verlust ihrer dos - bei deren Fehlen dafür ¼ ihres Vermögens - und der Rechte wegen der donatio propter nuptias.[3)] Auf der anderen Seite hatte aber nun der Ehemann das Recht, seine Frau nach Verbüßung von 2 Jahren im Kloster daraus wieder zurückzuholen und mit ihr die Ehe weiter fortzusetzen, ohne sich der Kuppelei schuldig zu machen; somit lag also die endgültige Entscheidung über die Bestrafung der Ehebrecherin in den Händen ihres Mannes. Holte dieser nämlich seine Frau nicht mehr aus dem Kloster, so galt die Ehe als geschieden, die Frau wurde klösterlich eingekleidet und mußte lebenslänglich im Kloster bleiben. Auch hier trat daneben noch Vermögensverlust als Strafe ein. Das Kloster erhielt dabei das Gesamtvermögen nur, wenn keine Descendenten und Ascen-

---

1) Nov. 134 C.10, pr.; Vogt, aaO, S. 14; Hollesch, aaO, S. 12

2) Letzteres war strittig: vgl. Rein, aaO, S. 852; Bennecke aaO, S. 19; dagegen aber Wächter, Abhandl. S. 121

3) Welsch, aaO, S. 15/16

denten vorhanden waren oder die letzteren darauf verzichteten. Ansonsten bekamen die Descendenten 2/3, die Ascendenten 1/3 des Vermögens und das Kloster dann den Rest. Der Ehemann bekam auf alle Fälle die dos seiner Frau und von ihrem Vermögen noch einen Anteil in Höhe eines Drittels ihrer dos.[1)]

Zwei Änderungen gab es auch auf dem Gebiete des Prozeßrechts. So wurde das Vorrecht des Mannes, bei einer Anklage gegen seine Frau nicht wegen "calumnia" straffällig zu werden, beseitigt und dafür festgelegt, daß er, falls er die Anklage fallen ließ oder nicht mehr durchführen konnte, mit jener Strafe belegt werden sollte, die seine Ehefrau im Falle ihrer Überführung hinsichtlich des Ehebruches getroffen hätte. Die zweite interessante, wohl auf christlichen Einfluß zurückzuführende Neuerung bestand darin, daß nunmehr der Richter bei der Beurteilung des Ehebruches der Frau auch die sittlichen Eigenschaften ihres Ehegatten mitberücksichtigen solle, ob also dieser ein für seine Frau sittlich vorbildliches Leben geführt habe. In dieser Bestimmung klingt bereits etwas jener weitere Ehebruchsbegriff des kanonischen Rechtes an, ohne daß er hier schon zu einer eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Mannes führte.[2)]

Neben dieser staatlichen Strafgerichtsbarkeit blieben auch noch die Familiengerichte bestehen, mangels irgendeiner gesetzlichen Erwähnung kann man aber annehmen, daß sie kaum noch eine Rolle spielten. Auch das private Tötungsrecht wurde nicht aufgehoben, sondern unter Justinian sogar noch erweitert. Verdächtigte nämlich der Ehemann seine Frau des Ehebruches mit einem Dritten, so konnte er diesem eine von 3 Zeugen unterschriebene schriftliche Warnung

---

1) Nov. 134, 10 und Nov. 117,8; Rein, aaO, S. 852; Lucas, aaO, S. 27

2) zu diesen prozessualen Änderungen: Bock, aaO, S. 9; Hollesch, aaO, S. 13; Lucas, aaO, S. 29; Vogt, aaO, S. 15

übermitteln. War dies nun dreimal erfolgt und traf jetzt der Ehemann seine Frau mit dem Dritten an einem verdächtigen Ort ("in sua domo aut ipsius uxoris aut adulteri aut in popinis aut in suburbanis"), so konnte er den Ehebrecher ohne weiteres, also auch ohne Rücksicht auf dessen Stand und ohne jeden Nachweis der Tat, erschlagen.[1)]

Mit der gesetzlichen Regelung unter Justinian kann dann die Entwicklung des römischen Rechtes als abgeschlossen betrachtet werden. Deshalb sollen die wichtigsten Stufen dieses Rechtskreises noch einmal zusammengefaßt werden.

Zusammenfassung

Die Entwicklung des Ehebruches im römischen Rechte wurde von mehreren Komponenten geformt. Zunächst sah man in diesem Vergehen allein einen Angriff auf die Rechte des Ehemannes, nebenbei wurde darin auch eine Beleidigung der Familie erblickt. Diese ursprüngliche Anschauung bewirkte, daß einmal der Ehebruch immer nur eine Verletzung eines fremden Eheverhältnisses war, so daß der Ehemann außer bei einem Eingriff in eine andere Ehe - selbst nie des Ehebruches schuldig werden konnte. Dieser Grundsatz der Straflosigkeit des Ehemannes überdauerte im römischen Rechte alle späteren, selbst die christlichen Einflüsse. Verständlich ist es daher, daß bei einer solchen Auffassung die Ahndung privat erfolgte, wobei es sich bei der Tötung auf frischer Tat um einen reinen Racheakt handelte, der die typische Reaktion der ersten Erregung darstellt, während sich dagegen bei der Anrufung der Familiengerichte erste Anzeichen einer objektiven Tatbeurteilung durch Verhängung einer schuldangemessenen Strafe durchsetzen.

In der Lex Julia kommt erstmals eine Beurteilung auf, die von einer Verletzung staatlicher Interessen ausgeht, und

1) Nov. 117,15; Bennecke, aaO, S. 20

zwar aus rein praktischen Gesichtspunkten, da man einsehen mußte, daß der Ehebruch auch für die Gesamtheit und damit letzlich für den Staat nachteilige Folgen mit sich brachte. Dabei standen reine Zweckmäßigkeitsgründe im Vordergrund, in erster Linie die Sorge um eine legitime Nachkommenschaft und der Schutz gegen die Gefahr einer "turbatio sanguinis", was daraus zu ersehen ist, daß jedes geordnete Verhältnis (nicht nur die Ehe im engeren Sinne) unter das Gesetz fiel. Konsequenzen dieses staatlichen Eingreifens waren die Einreihung des Ehebruches in die öffentlichen Verbrechen, die Einführung eines allgemeinen Anklagerechtes, die Verhängung von ordentlichen Strafen und schließlich der Versuch, das private Selbsthilferecht so weit als möglich einzuschränken.

Unter Justinian wird der Ehebruch dann auch vom ethischen Standpunkt aus betrachtet, nämlich - beeinflußt vom Christentum - als eine Verletzung der Heiligkeit der Ehe. Hier sind auch die ersten Versuche festzustellen, den Ehemann auch zur Verantwortung zu ziehen (Scheidungsrecht für die Frau, Mitberücksichtigung seines Verhaltens bei der Verhängung der Strafe), wenn sie auch strafrechtlich noch nicht durchdringen konnten. Eine klare Linie in der Beurteilung des Ehebruches fehlt aber auch in dieser Zeit, die Gesichtspunkte der vorhergehenden Epochen spielen noch eine zu große Rolle. In der Beschränkung des Anklagerechtes auf die nächsten Verwandten kann aber sicherlich schon ein Vorläufer des heutigen Antragserfordernisses gesehen werden. Die Unsicherheit in der Einordnung ersieht man daran, daß einerseits das private Selbsthilferecht etwas erweitert wird, andererseits der Staat seine Strafen verschärft. Insgesamt gesehen läßt sich bei Abschluß der Entwicklung des römischen Rechtes sagen, daß dieses sich zwar in seinen Grundzügen erhalten hat, daß es aber im letzten Abschnitt doch bereits etwas von den christlichen Anschauungen erschüttert wurde. Das römische Recht war also entscheidend gekennzeichnet von dem Zwiespalt des privaten Selbsthilferechtes auf der einen und der staatlichen Verfolgung auf der anderen Seite, welche sich letztlich immer mehr durchsetzte.

III) Beurteilung nach dem Kanonischen Recht

Den nächsten entscheidenden Eingriff in die Geschichte der Strafvorschrift über den Ehebruch vollzog das Kanonische Recht, wobei es sich nur langsam und nach harten Kämpfen durchzusetzen vermochte. Um diese gewaltige Änderung verfolgen zu können, ist es zunächst einmal notwendig, die kirchliche Lehre von der Ehe und vom Ehebruch in den wesentlichen Grundzügen darzustellen, da nur so die einzelnen Regelungen verständlich werden. Gleichzeitig soll die Darstellung der - auch heute noch geltenden - kirchlichen Beurteilung des Ehebruches helfen, die tatsächliche Situation zu klären und damit die Vorwürfe zu entkräften, daß die Kirche unbedingt eine Bestrafung verlange, während sich der Staat mit einer Aufhebung der Strafvorschrift "Kirchenfeindlich" verhalte.

1) Die dogmatischen Grundlagen

a) Der sakramentale Charakter der Ehe:

Das völlig Neue in der kanonischen Ehelehre ist darin zu sehen, daß die Ehe nunmehr eine ganz andere Wertung bekommt als bisher. Während die Ehe bisher als reine Geschlechtsgemeinschaft und höchstens noch als Grundlage des Staates betrachtet wurde, wird sie nun als eine nach dem Willen Gottes mit dem Wesen des Menschen gegebene Schöpfungsordnung dargestellt, die Gott zum Urheber und aus diesem Grunde einen heiligen und religiösen Charakter hat. Sehr deutlich kommt dies im Rundschreiben "Über die christliche Ehe"[2] zum Ausdruck, wo es heißt: "Nicht von Menschen ist die Ehe eingesetzt und wiederhergestellt worden, sondern von Gott. Nicht von Menschen, sondern vom Urheber

---

1) Angermair in: Lexikon für Theologie und Kirche, aaO, S. 680

2) "casti connubii": Rundschreiben des Hl.Vaters Pius XI vom 31.12.1930, aaO, S. 2

der Natur selbst, von Gott, und vom Wiederhersteller der Natur, Christus dem Herrn, ist sie durch Gesetze gesichert, ist sie gefestigt und erhöht worden. Diese Gesetze können also in keiner Weise dem Gutdünken von Menschen, keiner entgegenstehenden Vereinbarung, auch der Gatten nicht, unterworfen sein."

Die Wandlung zeigt sich auch in den nach kanonischer Auffassung der Ehe zugrundeliegenden Zwecken und Gütern, die deren wesensnotwenigen Inhalt bilden. Objektive Zwecke der Ehe sind danach einmal in sozialer Hinsicht die Erzeugung und die Erziehung der Nachkommenschaft, da Gott Mann und Frau zu seinen Mitarbeitern im Schöpfungswerk berufen hat;[1] zum anderen gehört hierzu auch als individueller Dienst die gegenseitige unterstützende Hilfeleistung sowie die geordnete Befriedigung des Geschlechtstriebes, der nur in der Ehe vollzogen werden kann und darf, weil für ihn, der auf die Schaffung neuen Lebens ausgerichtet ist, nur hier die vollen Voraussetzungen gegeben sind, um das junge Menschenleben in körperlicher und charakterlicher Hinsicht zu umsorgen und richtig zu erziehen. Subjektiv folgt daraus die volle Lebens- und Leibesgemeinschaft der Gatten, die eine ungeteilte und dauernde Hingabe an den anderen Partner verlangt,[2] mit der Konsequenz der Einheit und Unauflöslichkeit der Ehe. Diese beiden letzten Merkmale sind nur aus der hohen ethischen Wertung der kanonischen Ehe verständlich, nach der die Einheit der Ehe die Ausschließlichkeit zwischen einem Mann und einer Frau bedeutet, eben eine Folge der personalen Ganzhingabe an den anderen Partner, die mit dem Eheschluß eintritt.[3] Sieht man aber das Zusammenleben der beiden Eheleute so innig verbunden an, daß sie beide "ein Fleisch" geworden sind, dann sind sie derart eins gewor-

---

1) Gen 1,28: "Wachset und mehret Euch"

2) Scheuermann in: Evangelisches Staatslexikon, aaO, S.349; Marschall, aaO, S. 8/9

3) Angermair, aaO, S. 682

den, daß ihr Leben ein einziges Ganzes bildet und daß daher diese Verbindung nur durch den Tod des anderen Gatten aufgelöst werden kann.[1]

Kommt so bereits der Ehe für beide Gatten ein heiliger und religiöser Charakter zu, so wird die christliche Ehe noch dadurch in die übernatürliche Sphäre erhoben, daß sie nach kanonischer Lehre als Sakrament betrachtet und damit in die Heilsordnung einbezogen wird. "Vollendung und Krönung erhält die christliche Ehe durch jenes Segensgut, das wir "Sakrament" genannt haben. Es bezeichnet die Unauflöslichkeit des Ehebandes und die Erhebung und Weihe des Ehevertrages durch Christus zu einem wirksamen Zeichen der Gnade."[2] Zu Recht sagt Eichmann,[3] daß es eine höhere vergeistigtere Auffassung der Ehe nicht geben kann, als wenn sie zu einem Gnadenmittel ausgestaltet wird und somit ein Spiegelbild der Verbundenheit von Christus und seiner Kirche darstellt,[4] so daß man bei der Ehe geradezu von einer "Kirche im Kleinen" sprechen kann,[5] bei der Christus der Dritte im Bunde ist.[6] Die biblische Begründung der Sakramentalität stützt sich dabei hauptsächlich auf die Interpretation von Paulus im Epheserbrief,[7] wo klargestellt wird, daß Christus die Ehe in die christliche Ordnung miteinbezogen hat und daß Mann und Frau in der Einheit und Unauflöslichkeit ihres Bundes sowie in ihrer gegenseitigen Hingabebereitschaft

---

1) Mt 19,6: "Was aber Gott verbunden hat, das soll ein Mensch nicht trennen"; vgl. auch Miller, aaO, S.44/45

3) Eichmann, aaO, § 131 Anm. 1

2) Rundschreiben "casti connubii", aaO, S. 10

4) Staatslexikon, 2. Band, aaO, S. 974

5) Marschall, aaO, S. 11/12

6) Vgl. canon 1012 §1: "Christus der Herr hat den ehelichen Vertrag zwischen Getauften zur Würde eines Sakramentes erhoben." Und canon 1012 §2: "Deshalb ist unter Getauften überhaupt keine gültige Ehe möglich, die nicht zugleich Sakrament wäre."

7) Eph 5,22-33

die Verbundenheit von Christus und seiner Kirche widerspiegeln und sie zugleich verwirklichen. Damit ist das Zusammenleben der Eheleute hingeordnet und ausgerichtet auf die gnadenhafte Verbundenheit von Gott und Mensch.[1] "Es ist nämlich ein Sakrament ähnlich der Eucharistie, die nicht nur in ihrem Werden, sondern auch in ihrem Weiterbestehen ein Sakrament ist. Denn solange die Ehegatten leben, solange ist ihre Gemeinschaft ein geheimnisvolles Gnadenzeichen Christi und der Kirche", heißt es hierzu in dem päpstlichen Rundschreiben über die christliche Ehe.[2]

Daß eine solche Charakterisierung der Ehe in der Folgezeit bahnbrechend, ja sogar revolutionär wirken mußte und nicht ohne Konsequenzen auch auf die Beurteilung des Ehebruches blieb, ist sicherlich verständlich, wobei das Hauptverdienst wohl in der Gleichstellung der Frau einerseits und in der Miteinbeziehung einer geistigen, sittlichen Betrachtung in die bisher als reine Geschlechtsgemeinschaft gewertete Ehe auf der anderen Seite zu sehen ist. Welche Erweiterung die Ehe durch die kanonische Lehre erfahren hat, wird in der alles zusammenfassenden moraltheologischen Definition sehr deutlich, wonach die Ehe "die personale, rechtmäßige, dauernde und ganz menschliche Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau zur Erzeugung und Erziehung von Nachkommenschaft und zur gegenseitigen seelisch-sittlichen Ergänzung und Hilfeleistung ist."[3] Eine Steigerung tritt nun noch dadurch ein, daß sich "dieser natürliche Begriff der wahren Ehe im Christentum zu dem der sakramentalen Ehe erhebt, die zugleich ein Mittel der Gnade, ein Element der übernatürlichen Rechtsordnung ist."[3]

---

1) Angermair, aaO, S. 681; Staatslexikon, 2. Band, aaO, S. 974

2) "casti connubii", aaO, S. 35

3) Mausbach-Ermecke, aaO, S. 344

b) Die Folgen daraus für den Ehebruch und seine moraltheologische Beurteilung

Aus dem bisher Gesagten wird bereits ersichtlich, daß nach kanonischer Auffassung der Bruch der Ehe eines der schwersten Verbrechen darstellt und deshalb immer wieder scharf angeprangert wird. Dabei ergibt sich die strenge Verurteilung aus mehreren Komponenten, da der Ehebruch die christliche Ehe an vielen Stellen angreift. Hier geht es ja nicht nur um eine Verletzung der Keuschheit und der Liebe sowie der Gerechtigkeit und der Treue gegenüber dem anderen Gatten, also um einen Verstoß gegen das natürliche Sittengesetz, auch nicht nur um einen Angriff auf die Familie und infolgedessen auch gegen Staat und Kirche, sondern in erster Linie um die Entweihung eines Sakramentes, also um eine schwere Sünde gegen Gott, die deshalb vom Reiche Gottes ausschließt.[1] Deshalb wird die Forderung nach der Reinhaltung der Ehe auch deutlich ausgesprochen: "Ehrbar sei die Ehe bei allen, und das Ehebett unbefleckt; denn Unzüchtige und Ehebrecher wird Gott richten."[2]

Gleich vorweg sei noch bemerkt, daß die christliche Auffassung wie selbstverständlich davon ausgeht, daß sowohl die Rechte wie auch die Pflichten der Ehe beiden Gatten paritätisch zukommen, so daß auch eine Verletzung der Ehe durch beide in gleicher Weise möglich erscheint, das folgende also genauso für den Ehemann wie für die Ehefrau gilt. Denn die Sittlichkeit eines Tuns ist an und für sich von der Person unabhängig, sie liegt zu allererst im Tun selbst, so daß es keine doppelte Moral - unterschiedlich für Mann und Frau - geben kann, da der Ehebruch, egal wer ihn begangen hat, in jedem Fall die gleichen schädlichen Wirkungen für die Ehe hat.[3] Er verfehlt sich nämlich religiös, moralisch, pädagogisch, sozial und viel-

1) 1 Kor 6,9; Angermair, aaO, S. 700; Mausbach-Ermecke, aaO, S. 383

2) Hebr 13,4

3) Miller, aaO, S. 52

fach auch wirtschaftlich gegen alle Beteiligten samt den Kindern, gegen die Gemeinschaft in ihrer "Keimzelle", gefährdet oft sogar die weitere geschlechtliche Ansprechbarkeit dem Ehepartner gegenüber und bringt häufig weitere Sünden wie Verlogenheit, Heuchelei, böses Beispiel und Ärgernisse mit sich.[1)]

Auch die kanonische Auffassung versteht unter Ehebruch im engeren Sinne nur die Verletzung der ehelichen Treue durch außerehelichen Beischlaf, der zum doppelten wird, wenn beide Ehebrecher verheiratet sind, jedoch kommen jetzt eben Mann und Frau gleichermaßen als Sünder in Betracht.[2)] Besonders hervorgehoben wird lediglich noch der blutschänderische Ehebruch, jedoch ohne gesonderte Beurteilung.[3)]

Doch ist es bei den hohen Anforderungen, die vom Christentum an die Eheleute gestellt werden, offensichtlich, daß die Ehe nicht erst durch diese stärkste Verletzung der ehelichen Treue gebrochen wird. Deshalb versteht man unter Ehebruch im weiteren Sinne alle sündhaften Handlungen geschlechtlicher Art zwischen einer verheirateten und einem anderen als dem eigenen Ehepartner, ja sogar widernatürliche Akte der Ehegatten untereinander oder eines Gatten für sich allein.[4)] Am weitesten geht Christus selbst, der bereits den Ehebruch im Herzen, d.h. das bewußte freiwillige Begehren, scharf verurteilt, wenn er sagt: "Jeder, der ein Weib lüstern anblickt, hat schon in seinem Herzen mit ihr Ehebruch getrieben."[5)]

---

1) so Angermair, aaO, S. 700

2) Hörmann, aaO, S. 220; Angermair, aaO, S. 700

3) MK 6,18: "Es ist dir nicht erlaubt, deines Bruders Gattin zum Weibe zu haben."

4) Lexikon für Theologie und Kirche, aaO, Freiburg 1931, S. 562

5) Mt 5,28

Eine letzte Erweiterung des Ehebruchsbegriffes folgt schließlich noch aus der Tatsache der Unauflöslichkeit der Ehe, die grundsätzlich jede Trennung der Vermählten verbietet.[1] Deshalb heißt es - wieder in voller Betonung der Treupflicht für beide Gatten -: "Wer sein Weib entläßt und eine andere heiratet, begeht Ehebruch an ihr; und wenn sie ihren Mann entläßt und einen anderen heiratet, bricht sie die Ehe"[2] und weiter: "Und jeder, der eine Entlassene heiratet, bricht die Ehe."[3]

Da nach christlicher Auffassung diese Folgen "ein Gesetz Gottes und der Natur enthalten, das kein Menschenwille jemals zu biegen oder zu brechen vermag",[4] ist eine eventuelle Zustimmung des anderen Gatten völlig unbeachtlich, da sie nichts an dem sündhaften Charakter des Ehebruches ändern kann. Die Zustimmung ist sittlich und naturrechtlich unerheblich, so daß außer dem schweren Rechtsbruch gegen die natürliche und kirchliche Ordnung und der Entweihung des Sakramentes der Ehe auch die Verletzung der Gerechtigkeit und der Treue gegenüber dem anderen Gatten bestehen bleibt.[5]

So streng nun auch die kanonische Auffassung den Ehebruch in Tat und Gesinnung als Sünde verurteilt, die wegen ihrer Art und Schwere ein Symbol für den Abfall von Gott ist und vom Reiche Gottes ausschließt, so ergibt sich aus der Einreihung als Sünde doch eine ganz andere Behandlung in der Ahndung dieser Tat, nicht zuletzt deswegen, weil trotz der Sünde die Sakramentalität der Ehe geblieben ist. "Ja sogar nach dem Ehebruch tragen sie noch jenes heilige Band,

---

1) 1 Kor 7,10: "Die Frau trenne sich nicht von ihrem Manne und der Mann entlasse nicht seine Frau"

2) MK 10,11 und 12

3) Mt 5,32; vgl. auch Lexikon zur Bibel, aaO, S. 315

4) Rundschreiben "casti connubii", aaO, S. 7

5) Mausbach-Ermecke, aaO, S. 383

jetzt freilich nicht mehr als Ehrenmal der Gnade, sondern als Schandmal der schweren Verfehlung, geradeso wie die abtrünnige Seele, die von der bräutlichen Vereinigung mit Christus zurücktritt, auch nach dem Verlust des Glaubens das sakramentale Merkmal nicht verliert."[1] Aus diesem Grunde strebte die Kirche in erster Linie immer danach, den Sünder zu bessern und ihn mit Gott, von dem er sich durch seine Tat losgesagt hatte, wieder auszusöhnen, eine Möglichkeit, die ja für jeden Sünder durch den Erlösungstod von Christus gegeben war. Deshalb ist moralisch wohl die größte Tat, wenn der Sünder sein Vergehen aufrichtig bereut, dafür Buße tut, Besserung gelobt und sein Ehepartner ihm deswegen auch Verzeihung gewährt, so daß damit wieder das heilige Eheband in seiner früheren Reinheit hergestellt ist. So ist auch das Verhalten von Jesus gegenüber der Ehebrecherin zu verstehen, wenn er zu den Leuten, die sie verurteilen, spricht: "Wer von euch ohne Sünde ist, werfe auf sie den ersten Stein"[2] und schließlich der Sünderin selbst Verzeihung gewährt: "Auch ich verurteile dich nicht. Geh hin und sündige fortan nicht mehr!"[3]

c) Kirchenrechtliche Konsequenzen:

Auf der anderen Seite erkennt aber auch die Kirche an, daß es für den unschuldigen Teil oft schwer ist, mit dem Ehebrecher weiter zusammenzuleben. Er ist daher sowohl juristisch wie moralisch zur Verweigerung der ehelichen Hingabe bis zur Verzeihung berechtigt, der Ehebrecher verliert das Recht auf das Zusammenleben mit seinem Partner. Da aber selbst dann das unauflösliche Eheband nicht aufgehoben werden kann, gestattet die Kirche bei Ehebruch des einen Gatten dem anderen nur die dauernde Auflösung der

1) Rundschreiben "casti connubii", aaO, S. 13
2) Joh. 8,7
3) Joh. 8,11

Lebensgemeinschaft, d.h. die Trennung von Tisch und Bett, wobei die Ehe als solche aber bestehen bleibt. Dieses Recht besteht aber nur, wenn er dem Verbrechen nicht selbst zugestimmt oder es verursacht oder es verziehen hat (ausdrücklich oder stillschweigend) oder selbst auch des Ehebruchs sich schuldig gemacht hat.[1] Daraus ist ersichtlich, daß diese Trennung nur in besonderen, vor allem in unverbesserlichen Fällen ausgesprochen werden soll, wo es einfach die Rücksicht auf die Würde und die Rechte des unschuldigen Teiles sowie auf die sonst eintretende Gefährdung der Kinder verlangt. Ansonsten empfiehlt die Kirche schon um des sakramentalen Bandes der Ehe und um des Familienwohles willen eine Verzeihung, vor allem dann, wenn der Sünder Buße getan und von Gott die Vergebung seiner Sünden erlangt hat. Wo der betrogene Ehegatte selbst zum Teil Mitschuld am Ehebruch trägt, etwa durch eigenes liebloses Verhalten, kann die Verzeihung sogar sittliche Verpflichtung sein.[2] Aus diesen Gründen vermutet die Kirche auch eine stillschweigende Vergebung, wenn der unschuldige Teil nach erlangter Kenntnis des Ehebruches freiwillig und "maritali affectu" mit dem Schuldigen verkehrt, was sogar dann unterstellt wird, wenn er diesen nicht innerhalb von sechs Monaten verstoßen oder verlassen oder rechtmäßig angeklagt hat.[3]

Daneben[4] unterliegt der Ehebrecher aber auch einer eigenen kirchlichen Strafgewalt. So hat der öffentlich bekannte und daher notorische Ehebruch als Delikt gegen die guten Sitten sowie der gerichtlich abgeurteilte von selbst die kirchliche Infamie, d.h. den Ausschluß von den kirchlichen gesetzlichen Handlungen zur Folge und zwar solange, bis sich der Ehebrecher gebessert hat.[5] Auch hier ist al-

1) Retzbach, aaO, S. 249

2) Angermair, aaO, S. 701

3) Retzbach, aaO, S. 249

4) Der Ehebruch wird im kanonischen Recht in dreifacher Hinsicht beurteilt: einmal als Ehehindernis (bleibt hier außer Betracht), dann als Ehe"scheidungs"grund (s.o.: Trennung von Tisch und Bett) und schließlich als Verbrechen (dazu im folgenden).

5) canon 2357 § 2; Retzbach, aaO, S. 504

les wieder ausgerichtet auf eine Aussöhnung mit Gott, die jeder Sünder durch Buße erreichen kann, man will nicht die Vernichtung des Verbrechers, sondern seine Besserung, seine Rückkehr zu der von Gott gesetzten Ordnung.

Abschließend kann daher festgestellt werden, daß mit dem Einfluß des kanonischen Rechtes die Beurteilung des Ehebruches eine ganz entscheidende Änderung erfahren hat, und zwar nach zwei Richtungen hin: einmal bezüglich des Tatbestandes, zum anderen hinsichtlich der Strafen. Zu Recht sagt Hohenlohe,[1] daß "das kanonische Recht das größte Verdienst an der Umgestaltung des Tatbestands des Ehebruches hat" und daß dies "mit der großen Aktion der Kirche zur Wiederherstellung der Würde der Frau zusammenhängt." Denn die Gleichstellung und Gleichbehandlung von Mann und Frau ist die erste große Pioniertat des Christentums.

Gleichrangig daneben steht aber die gewandelte Ansicht über die gerechte Ahndung des Ehebruches: da dem Sünder durch eine Todesstrafe jede Chance der Aussöhnung mit Gott genommen würde, lehnte man jede Vernichtung des Ehebrechers ab. Die ihn treffende Strafe war nicht vom Gedanken der Vergeltung und Abschreckung beherrscht, sondern ausgerichtet auf eine Besserung des Täters und seine Versöhnung mit Gott.

Insgesamt betrachtet hat der hohe sittliche, moralische und religiöse Charakter der christlichen Ehe entscheidend dazu beigetragen, daß das gesamte Eherecht aus seiner bisherigen mehr oder weniger rein dinglichen Betrachtung, bei der die Frau gleichsam als Gegenstand des ehemännlichen Besitzes angesehen und bewertet wurde, befreit und nunmehr in die Ebene des Personalen und Geistigen erhoben würde.[2]

Weil nun aber diese kanonischen Grundsätze vom Wesen des Ehebruches, seiner Bestrafung und der Ehe überhaupt im be-

---

1) Hohenlohe, aaO, S. 51

2) Staatslexikon, aaO, S. 1006

wußten Gegensatz zum weltlichen Recht standen, war die dem römischen Recht folgende Zeit auf Grund der Erstarkung der kirchlichen Macht vom Kampf der christlichen mit den heidnischen Anschauungen geprägt.

2) Die praktische Anwendung in den Bußbüchern

Die vorhergehende Darstellung des kanonischen Rechts war deshalb notwendig, damit nunmehr bei diesem Kampf mit den heidnischen Völkern besser verfolgt werden kann, wie es der Kirche gelingt, allmählich - nach vielen Konzessionen - ihren eigenen Standpunkt durchzusetzen. Denn immer wieder mußte die Kirche auf die nationalen Einzelheiten Rücksicht nehmen und teilweise sogar ihren eigenen Standpunkt abschwächen, ja mitunter ganz aufgeben, um wenigstens langsam Erfolg zu haben; erst mit Erlangung der weltlichen Macht gab dann die Kirche ihre Toleranz auf und vertrat nunmehr die reine christliche Lehre.

a) Allgemeine Grundlagen des Bußrechtes

Wie oben dargestellt wurde, war für die Kirche bei der Bestrafung des Verbrechens oberstes Ziel, den Sünder zu bessern, ihn wieder zu Gott zu führen und ihn mit diesem auszusöhnen. Dafür waren alle schweren Strafen, wie Todes- und Leibesstrafen, vollkommen ungeeignet, so daß die Kirche bald gewisse Bußen zur Sühnung der Sünden festsetzte, denn nur durch die Reue des Täters und die gleichsam als sichtbares Zeichen erfolgende Ableistung der Buße erschien eine Wiederannäherung an Gott möglich.[1] Diese Bußwerke wurden dabei in ihrem Charakter durch drei Tendenzen bestimmt.[2]

1) Rosenthal, aaO, S. 4
2) Schmitz, aaO, S. 19

Hauptwerk der Buße blieb die Verhängung einer Strafe, wobei sich dieser vindikative Charakter in zwei Richtungen hin äußerte: primär sollte die Buße als eine Art Opfer Genugtuung für die beleidigte Gerechtigkeit Gottes leisten, daneben aber auch das der gläubigen Gemeinde durch die Begehung der Tat gegebene Ärgernis sühnen. Und schließlich spielt auch der gesundheitliche, medizinische Charakter der Buße eine Rolle, nach dem der Sünder sich in der Tugend durch Gebet und Auferlegung von Entbehrungen befestigen und durch die Leistung der Bußwerke vor weiteren Sünden abgeschreckt werden soll.

Daher waren die häufigsten ausgesprochenen solche Bußen, von denen man annehmen konnte, daß sie als Opfer der Selbstüberwindung Gott besonders wohlgefällig waren, also vor allem Gebete, längeres Fasten bei Wasser und Brot, geistige Verdemütigung, Ausschluß von kirchlichen Sakramenten - besonders von der Kommunion - auf eine gewisse Dauer, körperliche Abtötung, zeitweise Enthaltung vom Geschlechtsverkehr, Verpflichtung zum Almosengeben und ähnliche fromme Übungen.[1)]

Weil nun derartige Bußen mit steigendem Einfluß des Christentums immer zahlreicher verhängt wurden, entstand hierfür bald ein Gewohnheitsrecht, daß die Art und Dauer der Buße regelte, wobei besondere Bußgrade und Bußstationen eingerichtet wurden, welche die Ableistung der verhängten Buße näher bestimmten.[2)] Bei der Vielfalt der Formen wurde natürlich die Erteilung der Buße immer komplizierter, der genaue Ablauf war schriftlich fixiert, so daß man bereits von einer "gesetzlichen Bußzeit" sprechen konnte, zumal auch bezüglich des Strafmasses bei der Auferlegung der Buße eine bestimmte Richtschnur als Regel (sog. canon) festgesetzt und selbst das Verfahren nach allgemeinen Nor-

---

1) Welsch, aaO, S. 23

2) Bennecke, aaO, S. 36

men bestimmt war.[1] Für die Praxis entstanden weiterhin noch Sammlungen von Bußcanones, die von den Synoden oder von den Päpsten erlassen und zur Anwendung empfohlen wurden. Dazu kamen zwei weitere wichtige Veränderungen: während zunächst die öffentliche kanonische Kirchenbuße nur für bestimmte Sünden schwerster Art (darunter auch die Unzucht) verhängt wurde und die übrigen Sünden in privater, d.h. in geheimer Beichte auferlegten Buße gesühnt wurden, fielen später alle Sünden, die sich aus diesen Hauptvergehen ableiten ließen, unter die kanonischen Bußstrafen. Zum anderen stand die Spendung des Bußsakramentes nicht mehr allein den Bußpriestern der bischöflichen Kirche zu, dies konnte jetzt vielmehr jeder Priester tun, doch mußte er sich dabei an die kirchlichen Normen halten.[2] Diese Pflicht und die durch die Erweiterung eingetretene Unübersichtlichkeit waren schließlich die Gründe dafür, daß das Bedürfnis nach einer Sammlung und einer Kodifizierung des gesamten Materials immer dringender wurde. Auf diese Weise entstanden dann die sogenannten "Poenitential- oder Bußbücher", die in zweierlei Formen auftraten: einmal als "kanonische Satzungen", die auf den rein kirchlichen Bußsatzungen beruhten, und dann als sog. "arbiträre Satzungen", worunter man die Weistümer hervorragender Männer verstand, die die Buße unter Berücksichtigung der Anschauungen des Gebietes, wo die Strafen angewendet werden sollten, nach ihren persönlichen Meinungen (arbitrium) regelten.[3] Da nun diese Bücher an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten entstanden und nicht nur kirchliche Satzungen enthielten, sondern auch gewisse Eigentümlichkeiten des jeweiligen Geltungsgebietes, kann man inhaltlich die verschiedenen Abweichungen gut erkennen und damit einen Überblick über die bei den verschiedenen Stämmen herrschenden Ansichten gewinnen. Dadurch ist es möglich, aus diesen Bußordnungen,

---

1) Schmitz, aaO, S. 21 und 25; Hollesch, aaO, S. 15
2) Schmitz, aaO, S. 102/103; Hollesch, aaO, S. 16
3) Schmitz, aaO, S. 110

die für das kirchliche Strafrecht grundlegend und für das weltliche Recht bezüglich seiner Entwicklung von größter Bedeutung waren, die weitere Behandlung des Ehebruches in der Geschichte zu verfolgen.[1]

b) Die altbritischen und irischen Bußbücher[2]

Allen Bußbüchern ist gemeinsam, daß ihnen eine Bußbestimmung des Ehebruches fehlt; sie enthalten lediglich eine Aufzählung der praktischen Fälle und setzen gleichzeitig die für sie bestimmten Strafen fest. Dabei wird meistens in der Behandlung der Laien und der Geistlichen ein Unterschied gemacht, der auch in der folgenden Darstellung berücksichtigt ist.

Bei dieser ältesten Gruppe der Bußbücher mit dem "Poenitentiale Vinniai" als ihrem wichtigsten Werk kann man bereits eine sehr genaue Einhaltung der christlichen Lehren beobachten, vor allem die vollständig durchgeführte Gleichbehandlung von Mann und Frau, die im Hinblick auf das Ziel der Besserung relativ milden Strafen sowie die Einordnung desjenigen als Ehebrecher, der zu Lebzeiten seines Gatten eine zweite Ehe eingeht.[3] Insgesamt gesehen zeichnen sich diese Bußbücher durch ihr Festhalten an den kirchlichen Grundsätzen aus und durch das Fehlen von großen Konzessionen an den Volkscharakter.

Demnach kamen als Täter sowohl der verheiratete oder unverheiratete Mann in Betracht, der mit der Frau oder der Braut eines anderen geschlechtlich verkehrte[4] wie auch

---

1) Lucas, aaO, S. 33/34

2) Die im folgenden verwendete Einteilung beruht auf dem von Bennecke, aaO, S. 38ff erarbeiteten Überblick, der am besten durch seine systematische Sammlung die historische Entwicklung aufzuzeichnen vermochte. Die einzelnen Texte der Bußbestimmungen wurden dem Werk von Schmitz entnommen.

3) Poen. Vinn. § 43 (Schmitz S. 508)

4) " § 36 (" S. 507)

die Ehefrau, die sich mit einem fremden Manne einließ.[1] Beide traf dann die selbe Strafe, nämlich einjährige Pönitenz bei Wasser und Brot, weiter waren sie von Tisch und Bett getrennt und mußten sich des ehelichen Umganges enthalten.[2]

Privilegiert war dann noch der Fall, daß sich ein verheirateter Mann mit seiner Sklavin verging. Er wurde dann milder bestraft und durfte ein Jahr lang nicht zu seiner Gattin gehen.[3]

Schließlich genügte-dem christlichen Glauben entsprechend - auch bereits der innere Wunsch, das Begehren eines Ehebruches als Gedankensünde, um eine Bestrafung herbeizuführen, die jedoch milder ausfiel und in der halbjährigen Trennung von Tisch sowie in einer einjährigen Enthaltung des Genusses von Wein und Fleisch bestand.[4]

Interessant ist, daß bereits hier in den canones Hibernenses und im Poenitentiale Vinniai Bestimmungen zu finden sind, welche den Ehebrecher zu einer bestimmten Geldbuße verurteilen, wobei jedoch unklar ist, ob diese Entschädigung dem Verletzten zugutekam oder an die Kirche fiel.[5]

Für die ehebrecherischen Geistlichen waren dagegen strengere Bußen festgesetzt, die teilweise noch mit der Rangordnung des Täters in der Hierarchie stiegen. Das bedeutete in der Regel längere Bußzeiten, zu denen bei wiederholter Sünde noch die Enthebung vom Amt kam; erschwerend fiel auch die Tatsache ins Gewicht, daß die Gemeinde von der Tat Kenntnis erlangte. Qualifiziert war der Fall, daß der Ehebruch die Geburt eines Kindes zur Folge hatte,

---

1) Poen.Vinn. § 51 (Schmitz S. 509)
2) " § 45 (" S. 508)
3) " § 39 (" S. 507)
4) " § 3 (" S. 502)
5) Bennecke, aaO, S. 41/42

denn dann wurde der Geistliche in die Verbannung geschickt.[1] Bestraft wird auch beim Geistlichen die Gedankensünde, hier ebenfalls unterschiedlich danach, ob sie nur einmal oder öfters begangen wurde, jedoch war die dafür bestimmte Buße milder als bei den Laien.[2]

Abschließend ist in dieser Gruppe noch auf eine Besonderheit hinzuweisen, die an sich gar nicht in das Bild der Befolgung christlicher Lehren paßt. Denn in den "canones Wallici"[3] findet man auf einmal das Tötungsrecht gegenüber den auf frischer Tat ertappten Ehebrechern wieder, sogar noch derartig erweitert, daß dieses Recht nicht nur dem Ehemann und dem Vater der Ehebrecherin, sondern jedem Dritten zustand. Ob dies als Konzession an die Volksseele bzw. als Nachgiebigkeit gegenüber dem nationalen Rechtsbewußtsein anzusehen ist,[4] erscheint schon deshalb fraglich, weil ein solches allgemeines Tötungsrecht wohl vom Volk praktisch nicht ausgeübt wurde; gegen die Ansicht, daß hier ein übereifriger Gesetzgeber gehandelt hat[5], spricht aber die in den übrigen Büchern dieser Gruppe zu findende strenge Beachtung christlicher Gedanken. Wahrscheinlicher ist daher, daß es sich bei diesen "canones Wallici" um Kompositionsbestimmungen handelt und daher nicht als Bußcanones im eigentlichen Sinne anzusehen sind.[6]

c) Die angelsächsischen Bußbücher

In diese Gruppe werden hauptsächlich solche Bußbücher eingereiht, die im Zuge der Missionierung Britanniens zwischen

---

1) Poen.Vinn. §§ 10-13 (Schmitz S. 503)

2) Poen.Vinn. §§ 16,17 (Schmitz S. 503/504)

3) c. 27: "Si quis causa fornicationis alterius uxorem infecerit, capti morte moriantur, et qui eos interfecerit, nullam se timeat habere causam".

4) so Rosenthal, aaO, S. 4/5

5) vgl. Bennecke, aaO, S. 41

6) Schmitz, aaO, S. 501

dem 6. und dem 8. Jahrhundert entstanden und sich vor allem durch eine vollständigere Regelung unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Fälle auszeichnen. Als Hauptwerke wurden dabei das Bußbuch Theodor's von Canterbury (Theodor.Poen.), das Poenitentiale Bedae (Poen.Bed.) sowie das Poenitentiale Egberti (Poen.Egb.) herangezogen.

Der Täterkreis wird zwar nicht wesentlich erweitert, die einzelnen Ehebruchsfälle werden jedoch genauer aufgezählt. So wird einmal als Ehebrecher der verheiratete Mann bestraft, der mit einer Jungfrau (also einer unverheirateten Frau) oder mit seiner Magd verkehrt,[1] und in gleicher Weise ist auch die Ehefrau strafbar, die sich mit einem Anderen als ihren Ehemann einläßt,[2] beides also die typischen Fälle des einfachen Ehebruches. Besondere Erwähnung findet auch hier der Doppelehebruch, d.h. der Fall, daß ein verheirateter Mann mit der Ehefrau eines Anderen den Beischlaf vollzieht.[3] Schließlich macht sich noch der unverheiratete Mann, der sich mit der Ehefrau eines Anderen vergeht oder eine fremde Braut verführt, des Ehebruches schuldig,[4] so daß man daraus die grundsätzliche Gleichstellung des Verlöbnisses mit der Ehe entnehmen kann.

Werden Mann und Frau als Täter gleichbehandelt, so zeigen sich nunmehr bei den zu verhängenden Strafen wieder die früheren Unterschiede je nach dem Geschlecht des Ehebrechers, wonach die Ehefrau in der Regel härter als der Ehemann bestraft wird (nur an zwei Stellen[5] wird die Tat jedes Ehebruchstäters mit einer 7jährigen Buße bei Wasser und Brot geahndet). Eine Einheitlichkeit ist allerdings dabei nicht festzustellen, die einzelnen Strafen unterlie-

---

1) Poen.Bed.cap.II §§ 12 und 15 (Schmitz, S. 557)

2) Theodor.Poen.cap.XIV § 14 (Schmitz, S. 536)

3) Poen.Bed.cap.II § 14 (Schmitz, S. 557)

4) Poen.Bed.cap.II § 13 (Schmitz, S. 557); Lucas, aaO, S. 38

5) Bennecke, aaO, S. 43 Anm. 9

gen großen Schwankungen, wobei die Frau bis zu 7 Jahre Buße verurteilt werden, den Mann dagegen eine 3jährige,[1] höchstens aber eine 5jährige Buße treffen kann.[2] Privilegiert und dementsprechend milde beurteilt wird der Fall, daß sich ein Mann neben seiner Frau noch eine Konkubine hält; ihm gegenüber wird lediglich der Ausschluß vom Abendmahl solange ausgesprochen, bis er sich durch tätige Reue wieder bessert.[3]

Hinzuweisen ist noch auf die Unklarheit, die in der Behandlung der Einwilligung seitens des Ehemannes herrscht.[4] Einerseits soll es Sache des Mannes sein, ob er seiner Frau verzeihen will oder nicht, wobei die Kirche dann von einer Bestrafung ihrerseits Abstand nehmen will. Auf der anderen Seite macht sich aber der Ehemann, der seine ehebrechende Gattin nicht entläßt, strafbar. Man wird diese Unterschiede aber darauf zurückführen müssen, daß einmal diese Bußbücher häufig nur mehrere vorhandene Bestimmungen zusammengefaßt haben, ohne daß alle einzeln noch überarbeitet wurden.

Eine Eigentümlichkeit, die hier erstmals anzutreffen ist, findet besondere Beachtung, nämlich die Einführung von Bußredemtionen und Bußsurrogaten,[5] d.h. die Ableistung der Buße durch gleichwertige Ersatzwerke. Darunter ist nicht eine unterschiedliche Behandlung der Büßer zu verstehen, denn darauf mußte der Bußpriester von vorneherein Rücksicht nehmen, da er "personam, statum et conditionem poenitentis" in Betracht zu ziehen hatte. Vielmehr bedeutete dies, daß dann, wenn die Buße aus irgendwelchen Grün-

---

1) Theodor.Poen.cap.XIV § 9 und § 14

2) Lucas, aaO, S. 36

3) Bennecke, aaO, S. 43/44

4) Vgl. Theodor.Poen.cap.XII (2.Buch) § 11 und cap.XIV (1.Buch) § 4 (Schmitz, S. 546 bzw. S. 535)

5) Hierzu ausführlich: Schmitz, aaO, S. 144 ff. und 150ff.

den nicht abgeleistet werden konnte, die Ersatzwerke an deren Stelle treten sollten (z.B. Abbeten einer bestimmten Zahl von Psalmen, Wochenfasten, Wallfahrten, Almosenspenden für gute Zwecke), wobei schließlich das Abkaufen durch Geld immer mehr zur Regel wurde. Daß dadurch eine Entartung des Bußwesens eintrat - zumal die Buße jetzt auch durch Dritte abgeleistet werden konnte -, ist offensichtlich; der Sinn und Zweck der Buße als Haltung der Reue und Demut ging damit völlig verloren, so daß im Bußwesen ein großes Durcheinander herrschte.

Eine weitere Abweichung von der christlichen Lehre ist bei der Anschauung über die Unauflöslichkeit der Ehe festzustellen; an ihr wird nicht mehr völlig festgehalten, eine Auflösung der Ehe ist unter gewissen Voraussetzungen möglich - sicherlich ein Zugeständnis an die Volksmeinung -, so daß nicht mehr jede Eingehung einer neuen Ehe als Ehebruch bestraft wird (z.B. bei Raub der Gattin durch Feindeshand, bei Scheidung wegen Ehebruches bzw. für die Frau bei Vollendung ihrer Buße, bei Rückkehr aus dem Feindesland oder wenn der Mann als Verbrecher zum Sklaven wurde[1]). Geahndet wird lediglich noch der Fall, daß der Mann seine Frau wegschickt und sich wiederverheiratet, hier gilt die Tat noch als Ehebruch.[2]

Für die Geistlichen gelten gegenüber den früheren Büchern keine Besonderheiten, mit Rücksicht auf die zahlreichen Klöster werden nur die Mönche jedesmal gesondert erwähnt. Die zu verhängenden Strafen sind dabei nach Stand und Rang des Geistlichen abgestuft, wobei regelmäßig der ebebrecherische Bischof mit 12, die Mönche, Priester und Diakone mit 3 - 7 Jahren Bußzeit bestraft werden,[3] zum Teil erfolgt auch die Absetzung oder eine Degradierung, ohne daß

1) Bennecke, aaO, S.45/46; Theodor.Poen.cap.XII (2.Buch) §§ 5, 8, 23, 24 (Schmitz, S. 545, 546, 547)

2) Theodor.Poen.cap.XIV (1.Buch) § 8 (Schmitz S. 535)

3) Bennecke, aaO, S. 44/45

sie aber dabei das Recht auf die Kommunion verlieren.[1] Qualifiziert mit der Folge der schimpflichen Ausstoßung aus dem geistlichen Amte ist auch hier der Fall, daß der Ehebruch dem Volk bekannt wurde, vor allem, wenn aus der Tat ein Kind hervorging.[2] Schließlich wird weiter noch die Gedankensünde und damit auch der Versuch für strafbar erklärt.[3]

d) Die fränkischen Bußbücher:

Hierunter sind solche Bußordnungen zu verstehen, die zwar im fränkischen Reiche verfaßt wurden, inhaltlich aber eine Mischung aus angelsächsischen und römischen Bußbüchern darstellen, so daß auch sie sich in ihrem Aufbau stark an die vorerwähnten Bücher anlehnen.[4]

An die Stelle einer Begriffsbestimmung tritt hier ebenfalls eine Aufzählung der einzelnen strafbaren Fälle.[5] Demnach macht sich des Ehebruches schuldig der verheiratete Mann, der eine Jungfrau verführt oder mit einer fremden Ehefrau verkehrt (letzterer Fall wird teilweise schon als Doppelehebruch besonders erwähnt und streng bestraft), ebenso die Ehefrau, die sich mit einem Dritten einläßt, sowie der ledige Mann, der mit einer Ehefrau den Beischlaf vollzieht. Neu ist wieder die Einführung der Ehebruchsstrafe für den, der eine vom Mann entlassene Frau heiratet.

Bei den auszusprechenden Strafen sind zwar noch - freilich nicht mehr so große - Unterschiede festzustellen, jedoch

---

1) Theodor.Poen.cap.IX (1.Buch) § 1 (Schmitz S. 532)

2) Theodor.Poen.cap.IX (1.Buch) § 5 (Schmitz S. 533)
Poen.Egb.cap.IV § 8 (Schmitz S. 576)

3) Poen.Egb.cap.V § 12 (Schmitz S. 578)

4) Schmitz, aaO, S. 588

5) Vgl. die Aufzählung bei Bennecke, aaO, S. 47/48 mit den näheren Nachweisen.

tritt bereits eine große Annäherung ein, wobei teilweise schon Mann und Frau völlig gleichgestellt werden, teilweise erfolgt beim Manne eine Strafmilderung bei Vorliegen von humanitären Gründen.[1)]

Erweitert werden die Ehebruchsfälle durch zwei erschwerende Begehungsweisen, nämlich einmal durch den gewaltsamen Ehebruch, also der Notzucht, der doppelt so hoch bestraft wird wie der einfache,[2)] zum anderen durch die widernatürliche Unzucht, die bei einem Verheirateten als eine Art Ehebruch betrachtet wird.[3)] Eigens wird hier die Zustimmung des Mannes wie auch eine die Tat fördernde Handlung unter dem Gesichtspunkt der Kuppelei strafrechtlich geahndet, ohne daß dieses Einverständnis an der Strafbarkeit der Haupttat etwas ändert.[4)]

Hervorzuheben ist noch, daß bereits in diesen Büchern der Ehebruch materiell auch entschädigt wird, wohl als ein Zugeständnis an die Bevölkerung, die weiterhin in der gezeigten Untreue hauptsächlich eine Verletzung des Ehegatten und der Familie erblickt. Deshalb wird besonders der Fall hervorgehoben, daß der Ehebruch die Geburt eines Kindes zur Folge hatte, wobei dann der Ehebrecher dem verletzten Ehegatten eine Geldentschädigung als sog. "pretium pudicitiae" zu entrichten hat.[5)] Auf den gleichen Gründen beruht auch eine materielle Buße, die ein Verheirateter, der eine Jungfrau oder eine Witwe verführt hat, an deren Eltern als Entschädigung dafür, daß er sie nicht heiraten konnte, bezahlen mußte, sog. "pretium humiliationis".[6)]

---

1) Poenitentiale Parisiense (Poen.Paris.) § 111 und § 128 (Schmitz, S. 693 u. S. 695)

2) Vogt, aaO, S. 22; Hollesch, aaO, S. 23

3) Poenitentiale Columban's (Poen.Columb.) B § 17 (Schmitz, S. 599)

4) Lucas, aaO, S. 44

5) Poen. Columb. B § 14 (Schmitz, S. 598/599)

6) Poen. Columb. B § 16 (Schmitz, S. 599)

Unverändert gegenüber der vorherigen Gruppe ist die Möglichkeit der Ablösung der Buße geblieben, genauso wie eine erlaubte Wiederverheiratung im Falle des Raubes der Ehefrau bzw. der Strafknechtschaft eines Mannes.[1)]

Was das Strafrecht für die Geistlichen anbelangt, bleibt es bei den bisher dargestellten Grundzügen, d.h. die Strafen bestimmen sich nach dem Rang des Täters und dem Umstand, ob die Tat öffentlich bekannt wurde, ferner wird bereits die Gedankensünde geahndet.[2)] Darüber hinaus erhält auch die Nonne als gottgeweihte Jungfrau gleichsam als Braut Christi die Stellung einer "Gattin", so daß sich sowohl der Geistliche wie der Laie dann des Ehebruches schuldig machen, wenn sie diese verführen.[3)] Ähnlich wird auch die Weihe eines Priesters angesehen, weshalb ein Geistlicher, der vorher verheiratet war und nun nach der Weihe wieder mit seiner ehemaligen Frau, die er ja verlassen mußte, geschlechtlich verkehrt, ebenfalls als Ehebrecher bestraft wird.[4)] Damit ist eine erneute Erweiterung des Ehebruchsbegriffes eingetreten, denn im letzten Fall wird ja keine andere Ehe verletzt; verstehen läßt sich diese Regelung nur aus der Ansicht, daß der Priester mit der Weihe praktisch eine "Ehe" mit Gott schließt.

e) Die römischen Bußbücher

Nach den genauen Untersuchungen von Schmitz[5)] fallen in diese Gruppe solche Bücher, die in Rom entstanden und hauptsächlich die "canones" des gemeinkirchlichen Rechtes wiedergeben, ohne dabei ganz den Einfluß des römischen Rechts ausschließen zu können.

---

1) Bennecke, aaO, S. 50
2) Poenitentiale Cumneani (Poen.Cumm.) C III §§ 1, 3, 7 (Schmitz S. 622/623)
3) Lucas, aaO, S. 45; Bennecke, aaO, S. 49
4) Poen.Cumm. C III § 2 (Schmitz S. 622)
5) aao, S. 167 ff, S. 186 ff, S. 202 ff.

Der Täterkreis umfaßt nach den angegebenen Fällen den - verheirateten oder unverheirateten - Mann, der mit einer fremden Ehefrau oder Jungfrau verkehrt,[1] sowie die Ehefrau, die sich mit einem Fremden einläßt,[2] ohne daß ausdrücklich die Gleichstellung von Mann und Frau ausgesprochen ist.

Die Strafen kennen keinen einheitlichen Rahmen, sondern weisen vielmehr größere Abweichungen, teils von großer Strenge, teils von großer Milde auf. Eigens erwähnt werden aber auch hier eine Anzahl von Fällen, die besonders schwer zu verurteilen sind. So wird erschwerend einmal der Ehebruch mit einer Jüdin oder einer Heidin hervorgehoben;[3] desgleichen trifft den eine schwerere Strafe, der längere Zeit und damit fortgesetzt (longo tempore) Ehebruch begeht, dessen Tat in der Öffentlichkeit bekannt ist, sowie den, der die Ehe bereits mehrfach gebrochen hat.[4] Schließlich fällt sehr nachteilig der Umstand ins Gewicht, daß der Mann seine Frau zur Begehung eines Ehebruches auffordert bzw. daß die Frau damit einverstanden ist[5] sowie letztlich die Tatsache, daß der Ehebrecher nach geleisteter Buße erneut rückfällig wird.[6]

Verändert ist die Behandlung der Gedankensünde, des Ehebruchbegehren. Denn nunmehr reicht zur Begründung nicht mehr der rein innere Akt des Wunsches aus, vielmehr sind

---

1) Poenitentiale Valicellanum I (Poen.Valic.I), §§ 14, 15 (Schmitz, S. 266/267)
Poen.Valic.II, § 20 (Schmitz, S. 360)
Poenitentiale Arundel (Poen.Arund.), § 40 (Schmitz, S. 448)

2) Poenitentiale Casinense (Poen.Cas.), § 63 (Schmitz, S. 413)

3) Poen.Arund. § 45 (Schmitz, S. 450)

4) Poen.Arund. §§ 41 und 44 (Schmitz, S. 448 und 450)

5) Poen.Arund. § 41 (Schmitz, S. 448)

6) Poen.Arund. § 46 (Schmitz, S. 451)

äußere Handlungen nötig, die bereits auf die Ausführung der Tat gerichtet sind, ohne daß es letztlich zur Tat selbst kommt. Dabei treten allerdings unterschiedliche Anforderungen an den Stand der Vorbereitungen auf: während einerseits "turpi tactu vel colloquio vel aspectu coinquinatus" ausreicht,[1] verlangt man auf der anderen Seite bereits eine "Ins-Werk-Setzung"[2] ("procurat machinationem"). Ein Bußersatz kommt nur in Form der Bußsurrogate vor, die allerdings hier nicht willkürlich, sondern als strenge Disziplin gegeben werden.[3]

Wie stark diese Bußbücher noch vom römischen Recht beeinflußt sind, zeigen einige Bestimmungen, die dessen Gedankengut entstammen. So muß der Ehemann, der seine Frau beim Ehebruch ertappt hat, diese entlassen, um nicht einer Bußstrafe zu verfallen; ein weiteres Zusammenleben war erst nach Ableistung der Buße möglich.[4] Andererseits wurde die erlaubte Wiederverheiratung auf den Fall beschränkt, daß die Frau vom Feind geraubt wurde und der Mann sie nicht zurückerlangen konnte.[5] Zu finden ist auch wieder ein Eingehen auf das Tötungsrecht des Mannes gegenüber seiner ehebrecherischen Frau; danach ist nun die Tötung nicht mehr erlaubt, ohne daß eine Verurteilung vorausgegangen ist.[6]

Eine eigene Regelung für den Ehebruch der Geistlichen trifft man auch hier an, wobei die Strafen nach dem Rang des Täters gestaffelt bleiben und sehr genau festgesetzt sind.[7]

---

1) Poen. Valic. I § 22 (Schmitz, S. 279)
2) " Arund. § 58 (" , S. 453)
3) " Valic. I §§ 104,105 (" , S. 323)
4) " " II § 38 (" , S. 365/366)
5) " " I § 41 (" , S. 285)
6) " Arund. § 1 (" , S. 437)
7) " Valic. II vor § 17 u. § 19 (Schmitz, S. 357/359)

f) Die Bußbücher und Sammlungen der Reaktion

Bei der Vielzahl der angeführten Bußbücher und der Unterschiedlichkeit der in ihnen getroffenen Regelungen erscheint es verständlich, daß durch die deshalb eingetretene Unsicherheit der ursprüngliche Zweck, nämlich die Aufstellung einheitlicher Regeln für die Bußpriester, nicht mehr erreicht werden konnte. Um nun diese Gefahr der Verwirrung und willkürlichen Handhabung auszuschliessen, beschloß man auf den Synoden von Chalons (813) und Paris (829), diese bisherigen Bußbücher abzuschaffen, ohne allerdings ein einheitliches, allgemein gültiges Poenitentiale dafür einzuführen. Aus diesem Grunde entstanden nur weitere Bußbücher und daneben noch private Sammlungen, die sich alle dadurch auszeichneten, daß sie versuchten, weitestgehend die canonische Lehre ohne Rücksicht auf den Volkscharakter zu verwirklichen.[1)]

Diese Übereinstimmung zeigt sich bereits beim Täterkreis, wo nunmehr die völlige Gleichstellung von Mann und Frau durchgeführt ist. Als Ehebrecher wird deshalb jeder Verheiratete - egal, ob Ehemann oder Ehefrau - bestraft, der mit einem anderen als seinem Ehegatten verkehrt, sowie jeder Unverheiratete - ebenfalls ohne Rücksicht auf sein Geschlecht -, der sich mit einem fremden Ehegatten einläßt. Eigens erwähnt und als Ehebruch angesehen wird dann noch die Verführung einer Nonne, das Halten einer Konkubine, die Verführung seiner Magd sowie der Beischlaf des Ehemannes mit der Schwester seiner Frau,[2)] was aber nur als beispielhafte Aufzählung angesehen werden kann, da diese Taten bereits unter die oben aufgestellte allgemeine Regel fallen.

Bestraft werden Mann und Frau in gleicher Weise und zwar regelmäßig mit 7jähriger Buße, die sich für Unverheirate-

---

1) Schmitz, aaO, S. 712 ff

2) vgl. die Aufzählung der einzelnen Fälle bei Bennecke, aaO, S. 55 und 58

te jedoch mildert; verdoppelt wird die Strafe beim adulterium duplex.[1] Erschwerend wird weiter noch der wiederholte Ehebruch, jener mit Juden und Heiden, sowie die Anstiftung der eigenen Frau zum Ehebruch durch den Mann hervorgehoben.[2]

Zu dieser Strafe tritt noch als Nebenfolge das Verbot der Wiederverheiratung bzw. - für Unverheiratete - das der Eheschließung überhaupt, wobei sich dieses Heiratsverbot für Ehebrecher auch auf jeden Dritten erstreckt. Während in den Bußbüchern der Reaktion noch vereinzelt ausnahmsweise eine zweite Ehe gestattet wird (z.B. für die Frau, deren Mann mit ihrer Schwester verkehrte, oder die gegen ihren Willen zum Ehebruch getrieben wurde), bleibt zwar in den späteren Sammlungen der Ehebruch Scheidungsgrund, wobei aber ausdrücklich betont wird, daß nur die eheliche Gemeinschaft, nicht das eheliche Band getrennt werden kann, außer daß die Trennung erfolgt, um in ein Kloster eintreten zu können, nur dann konnte der andere Teil sich wieder verheiraten.[3]

Ein besonderes Eingehen auf eine Strafbarkeit der Gedankensünde ist nirgends festzustellen. Im Gegensatz zu den Bußbüchern dieser Gruppe sind in den Sammlungen wieder Reste noch nicht überwundener nationaler Anschauungen zu finden. Neben der Möglichkeit, die im eigenen Haus des Mannes von ihm auf frischer Tat ertappte Ehebrecherin straflos zu erschlagen, erscheint erneut eine Regelung des Anklagerechtes, das auf die Verwandten beschränkt ist und dem Ehemann das Klagerecht schon auf bloßen Verdacht hin zugesteht. Auch die Pflicht, seine ehebrecherische Frau sofort zu entlassen, da sonst eine Strafbarkeit we-

---

1) Halitgar XIII (Schmitz, S. 724)
Poenitentiale Fulberti § 10 (Schmitz, S. 773)

2) Bennecke, aaO, S. 58

3) Bennecke, aaO, S. 57/58; Lucas, aaO, S. 47-49

gen lenociniums eintritt,[1] ist einfach Überbleibsel des römisch-rechtlichen Einflusses auf die einzelnen Völker ohne jeglicher Beziehung zu den canonischen Lehren.

Was die Strafen für die Geistlichen anbelangt, sind gegenüber den bisherigen Regelungen keine Veränderungen festzustellen; die Trennung in der Behandlung gegenüber den Laien ist auch hier durchgeführt, als besonders schwer wird noch der Ehebruch eines Geistlichen in der Kirche angeführt.[2]

3) Die Regelung im "Corpus Juris Canonici" (CJC)

a) Für Laien:

Als Abschluß der aufgezeigten Entwicklung bringt das CJC noch einmal eine Zusammenfassung der kirchenrechtlichen Grundsätze hinsichtlich des Ehebruches, ausgehend von dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter.

Getreu dem kanonischen Recht ist der Ehebruch die fleischliche Vermischung eines Verheirateten mit einem anderen als seinem Gatten, so daß sowohl der Verheiratete wie sein Mitschuldiger als Ehebrecher in Betracht kommen.[3]

Als Erschwerungsgründe werden die bekannten Fälle aufgeführt, daß es sich um einen Doppelehebruch handelt, daß der Mann mit der Schwester seiner Frau verkehrt oder diese ihn verführt (qualifiziert wohl durch den Gedanken des Inzestes), und schließlich wird auf Grund des Verbotes einer Wiederverheiratung als Ehebrecher auch der bestraft, der eine vom Mann wegen des Ehebruches entlassene Frau heiratet (wie auch seine Mitschuldige) sowie der, der

1) Bennecke, aaO, S. 59
2) Bennecke, aaO, S. 56
3) Rosenthal, aaO, S. 2; Vogt, aaO, S. 26

nach der Entlassung seiner Frau bei deren Lebzeiten nochmals eine zweite Ehe eingeht.[1] Die Strafe betrug für alle Ehebrecher zunächst einheitlich 7 Jahre Buße, später bestimmte sie der Priester gemäß seinem Ermessen nicht allein nach der Schwere der Tat als vielmehr nach dem Grade der Reue des Täters, wobei die Ehegatten während dieser Zeit getrennt leben mußten, damit der Unschuldige, der den ehebrecherischen Gatten aufnimmt, nicht bestraft werden konnte,[2] während sich nach Ablauf der Buße beide wieder versöhnen sollten, da sonst die Ehebrecherin lebenslänglich in ein Kloster eingeschlossen wurde.[3] Erinnert bereits diese letzte Bestimmung an den römisch-rechtlichen Einfluß, so gilt dies noch mehr für die weiteren Nebenfolgen, wonach neben der Buße für die ehebrecherische Frau noch der Verlust ihrer dos an den Mann und entsprechend für den ehebrecherischen Mann der Verlust der donatio propter nuptias an seine unschuldige Frau eintritt.[4]

Dieselbe römisch-rechtliche Grundlage hat auch die Regelung des Anklagerechtes, wonach nur der Mann seine Frau bei bloßem Verdacht anklagen darf und er bzgl. der übrigen Ankläger eine Vorzugsstellung eingeräumt bekommen hat.[5] Dagegen ist die wiederum aufgenommene Strafbarkeit der Gedankensünde, des begehrlichen Wollens ein Vollzug der reinen canonischen Lehre.[6]

Desgleichen verurteilt das CJC die Tötung der auf frischer Tat ertappten Ehebrecherin aufs Strengste, selbst wenn die weltlichen (Landes-)Gesetze eine solche Tat erlaubten.[7]

---

1) Bennecke, aaO, S. 60/61 mit genauer Angabe der Fundstellen

2) c.8, C. 33, qu.2; c.4, C.32, qu 1; Bennecke, aaO, S.61

3) Bock, aaO, S. 17

4) Bennecke, aaO, S. 61; Vogt, aaO, S. 27

5) Bennecke, aaO, S. 63

6) c.10, 12, 13; C. 32, qu. 5

7) c.6, C.33, qu. 2

Überraschend und mit der christlichen Lehre wohl schwer vereinbar trifft man auch im CJC auf Bestimmungen, die teilweise ein Loskaufen der Strafe zulassen, ohne daß freilich hierfür ein bestimmtes System aufgestellt wird.[1] Dies ist wohl als Beweis dafür anzusehen, daß selbst das CJC sich nicht ganz von den vorhergehenden Bußbüchern und deren Inhalt loslösen konnte.

b) Für Geistliche:

Diese wurden allgemein mit der Enthebung vom Amt bestraft, wozu bei den niederen Klerikern noch die Einschließung in ein Kloster hinzukommt, während Mönche und Nonnen neben der Einschließung auf Lebenszeit noch die Exkommunikation trifft.[2]

Bei Leugnung der Tat seitens des Geistlichen stand diesem die Möglichkeit eines Reinigungseides offen[3] - eine Privilegierung des geistlichen Standes ohne jegliche kanonische Grundlage. Andererseits war man jedoch bemüht, möglichst streng durchzugreifen, so daß ein Priester im Falle eines verdächtigen Umganges mit Frauen nach dreimaliger Mahnung dann des Amtes enthoben werden konnte, wenn er vom Verkehr nicht abläßt; desgleichen wurde der Bischof, der gegen ein ehebrecherisches Verhalten der ihm unterstellten Priester nicht einschritt, von seinem Amte suspendiert.[4]

Zusammenfassung

Die in der aufgezeigten Entwicklung des kanonischen Rechtes in den Bußbüchern oft anzutreffende Verwirrung, teilweise sogar Abkehrung von den christlichen Lehren, darf

1) Bennecke, aaO, S. 63
2) Rosenthal, aaO, S. 12; Bennecke, aaO, S. 62
3) Rosenthal, aaO, S. 12;
4) Bennecke, aaO, S. 62/63

nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese nur vom Kampf des Christentums mit den heidnischen Völkern geprägt wurden. Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß jetzt im CJC - endlich - die Grundzüge anzutreffen sind, die an sich von Anfang an Grundlage der christlichen Anschauung waren. Denn nur durch anfängliches Nachgeben konnte die Kirche den Kampf um die Geltung ihrer Lehren schließlich erfolgreich durchführen.

Gegenüber dem römischen Recht sind deshalb jetzt gewaltige Neuerungen festzustellen, die alle auf die geänderte Beurteilung des Ehebruches zurückzuführen sind, wonach jetzt ein Verstoß gegen die Heiligkeit der Ehe und damit letztlich gegen Gott vorliegt. Das gilt vor allem einmal in der völligen Gleichstellung von Mann und Frau, die beide als Täter in Betracht kommen können und dann auch beide in gleicher Weise zu bestrafen sind. Aus dieser Ansicht folgt auch, daß bei einer sittlich und religiös so hohen Einschätzung der christlichen Ehe schon das Begehren nach einem anderen Partner ausreicht, um einen strafbaren "Ehebruch im Herzen" zu begründen. Und schließlich leitet sich aus dem Wesen der Ehe als eines unauflöslichen Bundes die weitere Folge ab, daß trotz eines Ehebruches zwar eine Trennung der Lebensgemeinschaft, nicht aber eine Lösung des Ehebandes möglich ist, so daß sich beide Teile um Versöhnung bemühen sollen, um wieder zusammenfinden zu können.

Für die weitere Entwicklung dieser Strafvorschrift ist es daher einmal als größte Pioniertat des kanonischen Rechtes anzusehen, daß nunmehr Mann und Frau als Täter und zwar beide in gleicher Weise bestraft werden können. Gleichbedeutend daneben steht aber die endgültige Absage gegenüber der Todesstrafe oder der Privatrache, was den Weg zu einer milderen und gerechteren Beurteilung des Ehebruches bereitet hat.

IV) Der Ehebruch im deutschen Recht

1) Die Volksrechte

a) Ehebruch als Eingriff in das Recht des Muntwaltes

Vom ältesten germanischen Rechtszustand aus der Zeit der Völkerwanderung vor dem Seßhaftwerden fehlen jegliche direkten schriftlichen Aufzeichnungen; der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß - wie bei den meisten alten Völkern - ursprüngliche das Rechtsleben identisch mit den Sitten und Gebräuchen eines Volkes war und darin seinen unmittelbaren Ausdruck fand. Näheres aus jener Zeit wird uns zwar von Tacitus in seinem Werk "Germania" mitgeteilt, doch muß dabei berücksichtigt werden, daß es sich hierbei um einen römischen Schriftsteller handelt, für den es als ausländischen Beobachter sehr schwer ist, objektiv das Sittenleben unserer Vorfahren zu beurteilen, zumal er aus einem in sittlicher Hinsicht doch recht verfallenen römischen Reiche kommt und daher wohl gerne - noch dazu als Politiker - seinen Landsleuten einen besseren Zustand warnend vorzeigen wollte.[1] Vergleicht man jedoch die Darstellung mit den Grundzügen der späteren Volksrechte, so läßt sich doch in groben Zügen ein Recht jener Zeit aufzeigen.

Der Ausgangspunkt scheint völlig mit dem römischen Recht übereinzustimmen, denn auch im germanischen Recht der ältesten Zeit gilt als Ehebruch nur die fleischliche Vermischung einer Ehefrau mit einem anderen Mann als ihrem Gatten, so daß der Mann lediglich wie jeder Dritte als Mitschuldiger bestraft werden konnte,[2] die Grundlagen sind jedoch erheblich verschieden. Schon die Stellung der Ehefrau unterscheidet sich recht deutlich von der einer römischen Frau, die geradezu ein Vermögensgegenstand und dem-

1) Rehbein, aaO, S. 24/25
2) Rosenthal, aaO, S. 41

entsprechend dem Mann als Eigentümer und Beherrscher unterworfen war. Demgegenüber genoß die Frau bei den Germanen ein sehr hohes Ansehen, wurde geachtet und galt als gleichberechtigte Lebensgefährtin ihres Mannes, dem sie treu zur Seite stand.[1)]

Bei dieser Auffassung ist es verständlich, daß jede geschlechtliche Verfehlung als grobe Treulosigkeit angesehen wurde und der Ehebruch deshalb eines der verachtenswertesten Verbrechen darstellte. Auf Grund der damals herrschenden Sittenreinheit und Hochachtung der Keuschheit wird deutlich, daß Tacitus das äußerst seltene Vorkommen des Ehebruches besonders herausstellt.[2)] Scheinbar in Widerspruch dazu steht das Festhalten an der einseitigen Ansicht, daß sich nur die Ehefrau, nicht ihr Mann - soweit er nicht in eine andere Ehe als Mitschuldiger eingreift - des Ehebruches schuldig machen kann.

Nun ist zwar der Mann nicht der Beherrscher der Frau, diese erschien jedoch nach außen infolge ihrer körperlichen Schwäche besonders schutzbedürftig, so daß sie der Muntgewalt des Mannes unterstellt wurde mit der Folge, daß dieser damit als "rechter Vormund" die Person und das Vermögen seiner Frau "verwaltete".[3)] Insoweit war also die Frau der Zucht - und auch der Strafgewalt des Mannes untergeordnet, so daß primär nur von ihrer Seite aus eine Verletzung der Treueverpflichtung denkbar war. Weiterhin spielt natürlich bei den Germanen auch der Gedanke mit herein - wie bei allen alten Kulturvölkern -, daß die Ehe, die hauptsächlich der Erzeugung der Nachkommenschaft zu dienen hat, durch eine Keuschheitsverletzung nur vom weiblichen Geschlecht aus beeinträchtigt werden kann.[4)] Als

---

1) Tacitus, Germania, cap. 18

2) Tacitus, Germania, cap. 19: "paucissima in tam numerosa gente adulteria"

3) Welsch, aaO, S. 24; Rosenthal S. 40

4) Welsch, aaO, S. 25

letzter wesentlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist von Bedeutung, daß bei den Germanen die Familie bzw. die Sippe eine entscheidende Rolle als Hüterin der Sittlichkeit besaß, mit der Folge, daß jedes Vergehen gegen die Zucht und Sitte als ein Eingriff in die Rechte der Familie aufgefaßt wurde, vor allem jener der Frau, aber auch der des Gatten, die ja ebenfalls mittelbar verletzt wurde,[1] letztlich also auch das Gemeinwesen davon berührt wurde.

Deshalb wäre es falsch, die Ausübung der Strafgewalt durch den Mann allein als Ausfluß einer Verletzung seines ehemännlichen Treuerechtes zu sehen, vielmehr ist ihm diese Befugnis vor allem auf Grund seiner Stellung als Oberhaupt der Familie eingeräumt. Dies wird dadurch belegt, daß beispielsweise im nordgermanischen Recht die gleiche Strafgewalt auch allen Blutsverwandten als Mitglieder der verletzten Sippe zuerkannt wurde.[2] Wenn also der Ehemann gegen seine Frau und ihren Ehebrecher vorgeht, übt er nicht nur eine erlaubte Privatrache aus, er wird vielmehr als Vollzugsorgan einer gewohnheitsrechtlich bestimmten Strafe tätig.

Auf Grund der später niedergelegten Strafbestimmungen kann man sicher davon ausgehen, daß ursprünglich auch bei den Germanen der Ehebruch mit der Todesstrafe geahndet wurde, die nicht auf das Ertappen auf frischer Tat allein beschränkt war, sondern noch nachträglich angewendet werden konnte. Die geschichtlichen Quellen weisen aber darauf hin, daß dieses Tötungsrecht nicht allzu streng durchgeführt wurde, daß vielmehr bald die Frau einem bestimmten Sühneverfahren sich unterziehen mußte, während der Ehebrecher sich mit dem vollen Wergelde loskaufen konnte.[3] In diesem Zusammenhang ist auch die von Tacitus überlie-

---

1) Rosenthal, aa0, S. 41/42; Hollesch, aa0, S. 30
2) Rosenthal, aa0, S. 43/44
3) Rosenthal, aa0, S. 44; Welsch, aa0, S. 26

ferte Strafart zu sehen, daß die Ehebrecherin mit abgeschnittenen Haaren nackt aus dem Hause geworfen und mit Hieben durch den Ort getrieben wurde, wobei die Verwandten anwesend waren,[1] ein weiterer Beweis dafür, daß es sich nicht um bloße ehemännliche Rache, sondern um eine strafrechtsähnliche Verfolgung durch die Sippe als wesentliches Gemeinwesen handelte.[2] Mit dieser Vertreibung blieb auch jede Möglichkeit einer Aussöhnung oder Wiederverheiratung für die Frau ausgeschlossen, so daß sie als entehrt aus der Sippe ausgestoßen war.

b) Regelung bei den einzelnen Stämmen

Mit der Niederlassung der germanischen Stämme in eigenen Gebieten entstand das Bedürfnis, das Zusammenleben auch rechtlich zu ordnen, wobei hauptsächlich das bereits bestehende und seit langem überlieferte Gewohnheitsrecht schriftlich niedergelegt wurde, teilweise zusätzlich noch durch neue selbständige Rechtssätze ergänzt. Bei diesen ersten Versuchen einer Kodifizierung geltender Regeln konnte es natürlich nicht ausbleiben, daß, weil damit noch keine erschöpfende Darstellung des Rechtszustandes erfolgte, die Aufzeichnungen lückenhaft blieben und bei den einzelnen Stämmen die Rechtsbestimmungen von unterschiedlichem Umfange waren. Um daher ein umfassendes Bild der einzelnen Regelungen bekommen zu können, muß zum besseren Verständnis einmal auf das Gewohnheitsrecht Rücksicht genommen werden, zum anderen kann in den Grundzügen auf andere, ausführlichere Volksrechte zurückgegangen werden. So enthält das langobardische Recht ausdrücklich eine Bestimmung, wonach dem Gewohnheitsrecht ("longa consuetudo") eine dem Gesetz gleichberechtigte Geltung zukommt,[3] ein Beweis dafür, wie sehr die Überlieferung auch

---

1) Tacitus, Germania, cap. 19: "Accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus ac par omnem vicum verbere agit."

2) Rosenthal, aaO, S. 42

3) Bennecke, aaO, S. 83

das nunmehr seßhafte Gemeinwesen noch bestimmte.

Die folgende Darstellung soll in den Grundzügen die wichtigsten Bestimmungen der einzelnen germanischen Volksrechte über den Ehebruch aufzeigen.

aa) Das langobardische Recht

Als Quellen hierfür kommen einmal die Aufzeichnung durch König Rothari ("Edictum Rothari") sowie die späteren Ergänzungen seiner Nachfolger Grimoald und Liutprand in Betracht, die gesondert vom ursprünglichen Edikt niedergelegt sind.

Grundfall eines einfachen Ehebruches bleibt der Beischlaf eines Mannes mit einer fremden Ehefrau; dagegen wird nunmehr auch als Ehebruch der Umstand angesehen, daß sich ein Sklave oder ein Freier mit einer fremden Ehefrau vereehelicht, womit also die Doppelehe (die Bigamie) dem Ehebruch gleichgestellt wird. Bestraft werden beide Schuldige mit dem Tod, was für die ehebrecherische Ehefrau zunächst nicht ausdrücklich ausgesprochen war, sich aber aus den späteren Ergänzungen von Liutprand ergibt, daneben bleibt das Recht des Ehemannes, die auf der Tat Ertappten zu erschlagen, unberührt.

Was die Behandlung des Ehebruches auf Seiten des Ehemannes anbelangt, läßt sich in diesem Volksrecht die schrittweise Entwicklung des Einflusses der christlichen Lehre auf die germanischen Anschauungen gut feststellen. Ursprünglich fanden ja die germanischen Stämme nichts dabei, wenn der Mann noch eine zweite Frau sich nahm, eine solche Kebsehe wurde in keiner Weise geahndet.[1)]

Erste Anzeichen einer Anerkennung der Rechte einer Ehefrau finden sich bei Grimoald, der für den Ehemann bei Androhung schwerer Vermögensstrafen das Verbot ausspricht, eine

1) Lucas, aaO, S. 64

zweite Frau aufzunehmen, ohne daß die erste einen Scheidungsgrund gegeben habe, andernfalls diese ihn verlassen könnte.[1] Da ein solcher berechtigter Grund immer bei einem Ehebruch vorlag, nahmen die falschen Verdächtigungen gegenüber der Ehefrau steigend zu, weshalb der beschuldigende Ehemann sich eines Reinigungseides unterziehen und bei dessen Scheitern der Frau das Wergeld zahlen mußte sowie das "Mundium" über seine Gattin verlor.[2]

Noch weiter ging dann Liutprand, der jeden Verkehr eines Ehemannes mit einer Sklavin oder einer ledigen Frau ablehnte, wobei er zwar keine gesetzliche Strafe für den Mann aussprach, der Ehefrau aber deswegen ein Klagerecht einräumte, so daß man von einer Anerkennung eines Anspruchs auf eheliche Treue für die Frau sprechen kann.[3]

Den Abschluß bildeten dann die Bestimmungen Karls des Großen, der ausdrücklich den Ehemann zur Treue gegenüber seiner Ehefrau verpflichtete und allgemein das Halten einer Konkubine sowie den Verkehr mit einer anderen Frau verbot. Weigerte der Täter sich, sein Vergehen zu büßen, so mußte er sein volles Wergeld an den König als Strafe bezahlen.[4]

Ebenso wurde auch die Mitschuldige des Ehemannes im Falle der Kenntnis von der Heirat ihres Partners zur Verantwortung gezogen, indem sie an die verletzte Ehefrau ihre ganze Habe verlor und aus ihrem Verhältnis keine Rechte gegen den Ehemann geltend machen konnte.[5] In dieser Regelung ist sicherlich bereits ein Ansatz für eine Art "immaterieller Entschädigung" der betrogenen Ehegattin zu sehen, so daß man bei den germanischen Volksrechten früh eine "Materialisierung" des Ehebruchdeliktes antrifft.

---

1) Bennecke, aaO, S. 87
2) Rosenthal, aaO, S. 62/63
3) Liutprand c.130; Rosenthal, aaO, S. 63
4) Bennecke, aaO, S. 93
5) Bennecke, aaO, S. 87

Gering waren dagegen die Fortschritte in der Behandlung der Sklaven, die immer noch als Sachen angesehen wurden, so daß bei Verletzung von Sklavenehen, die ja an sich auch vollgültig geschlossen werden konnten, nur im Hinblick auf den Angriff auf die Vermögensrechte des Herrn eine Ahndung erfolgte. Erst später erhielten auch diese Ehen einen gewissen Schutz, der Sklave wurde allmählich als Mensch anerkannt und wenngleich er bei einer Verletzung seiner Ehe noch nicht die Rechte eines freien Ehemannes erhielt, so wurde doch der Herr, der die Ehe mit der Frau seines Sklaven brach, dadurch bestraft, daß er den verletzten Sklaven sowie dessen Gattin verlor, d.h. diese beiden sollten vom König freigelassen werden. Schließlich ging man sogar so weit, daß man bei Eingreifen Fremder in eine Sklavenehe die Buße nicht an den Herrn, sondern an den unfreien Ehemann selbst entrichten ließ.[1)]

Als ganz eigenartige Besonderheit ist noch auf die Regelung der Strafvollstreckung einzugehen. Machte nämlich der Ehemann von seinem ihm zustehenden Tötungsrecht keinen Gebrauch, so wurden die beiden Schuldigen vom Richter zwar zum Tode verurteilt, der Vollzug der Strafe oblag aber dem Ehemann. Ob darin eine Rücksicht auf den privaten Charakter des Ehebruches zu sehen ist[2)] oder ob ganz einfach der Staat noch nicht die totale Strafbefugnis erhalten hatte, zumal die Familien bzw. Sippen immer noch Mittelpunkt des Gemeinwesens waren, erscheint zweifelhaft. Die Ausnahmebestimmungen im Falle der Anstiftung durch den Ehemann scheinen für letztere Ansicht zu sprechen; wenn nämlich dann die verletzte Familie den Vollzug übernimmt, muß man annehmen - entsprechend dem dargestellten Schutzobjekt des Ehebruches bei den Germanen -, daß der Mann den Vollzug primär als Oberhaupt der Familie zugesprochen bekam. Hatte der Ehegatte dem Ehebruch seiner

---

1) Bennecke, aaO, S. 91; Bock, aaO, S. 22

2) So Welsch, aaO, S. 30

Frau zugestimmt und diese somit verkuppelt, so änderte dies zunächst nichts an der Strafe für die beiden Schuldigen, der Mann verlor aber sein Racherecht an die verletzte Familie, deren Rechte an ihrer Tochter wieder auflebten, da ja das Vermögen der Frau an die Eltern zurückfiel (außer die Ehebrecherin hatte Kinder, dann erhielten es diese), womit das "mundium" des Mannes endete. Kam es zum Ehebruch, mußte der Mann als Anstifter noch zusätzlich das Wergeld der Frau an die Eltern zahlen; lehnte die Ehefrau das Ansinnen ab, traf den Mann eine bestimmte Buße, die er an seine Frau entrichten mußte.[1] Aus dieser Regelung geht nun doch hervor, daß letztlich eben die Familie als Sinnbild des Gemeinwesens eine besondere Stellung einnimmt, die über das ehemännliche Recht noch hinausgeht.

bb) Das alamannische Volksrecht

In der unter Chlotar II durchgeführten Aufzeichnung dieses Stammesrechtes findet sich nur eine sehr lückenhafte Regelung des Ehebruches. Erwähnt werden nämlich lediglich zwei Fälle eines gewaltsamen Ehebruches: der Raub und die anschließende Heirat einer fremden Ehefrau sowie die Notzucht. Bestraft wurde der Täter mit einer Geldbuße von 80 solidi, die der geschädigte Ehemann erhielt. Hierzu war im ersten Fall noch notwendig, daß die geraubte Frau ihrem Manne zurückgegeben wurde; verweigerte dies der Täter oder starb inzwischen das Opfer, so erhöhte sich die Stafe auf 400 solidi. Da bei beiden Straftaten gegen die Frau gewaltsam vorgegangen wurde, kommt für sie eine Bestrafung nicht in Betracht. Eine weitere, eher wohl zivilrechtliche Folge bestand darin, daß dann, wenn durch die Handlung des Täters Kinder gezeugt wurden, diese dem "mundium" des ersten und rechtmäßigen Ehegatten untergeordnet wurden und daß beim Tode eines solchen Kindes des-

1) Bennecke, aaO, S. 88/89 und 91/92; Welsch, aaO, S.30/31; Rosenthal, aaO, S. 61/62

sen Wergeld an ihn bezahlt werden mußte.[1] Der einfache Ehebruch dagegen war in diesem Volksrecht nicht ausdrücklich geregelt, was jedoch nicht automatisch dessen Straflosigkeit bedeutet, sondern entsprechend dem geltenden Gewohnheitsrecht ergänzt werden muß.

Bei der bereits eingangs erwähnten Gleichartigkeit der Volksrechte in ihren Grundzügen kann man davon ausgehen, daß sicherlich auch bei den Alamannen das Tötungsrecht des Ehemannes bei Ertappen der Ehebrecher auf frischer Tat bestand. Im übrigen muß man aber annehmen, daß sonst nur eine an den verletzten Ehegatten zu entrichtende Geldbuße als Strafe in Frage kam, da ja auch die Fälle des gewaltsamen Ehebruches nur auf diese Art und Weise geahndet wurden.[2] Ansonsten ist aber in diesem Volksrecht keinerlei Anhaltspunkt für eine, auch nur allmähliche Gleichstellung von Mann und Frau bei der Behandlung des Ehebruches festzustellen.

cc) Das bayerische Recht

Ebenfalls in den Grundzügen rein germanisch sind die Regelungen in der Lex Baiuwariorum, einem durch mehrere Aufzeichnungen bestimmten Gesetze.[3] Als strafbare Fälle werden einmal der einfache Ehebruch eines Freien mit der Ehefrau eines anderen Freien aufgeführt, ferner der Ehebruch eines Sklaven mit einer freien Ehefrau und schließlich der mit einer verheirateten Freigelassenen oder Sklavin, so daß auch diese Ehen im bayerischen Recht bereits einen gewissen Schutz genießen.

Beim einfachen Ehebruch bestand die Strafe - falls der Ehemann die Schuldigen nicht auf frischer Tat ertappte und von seinem Racherecht Gebrauch machte - in der Zahlung des

1) Bennecke, aaO, S. 94

2) Bennecke, aaO, S. 94/95

3) Vgl. die Darstellungen bei Rosenthal, aaO, S. 59-61 und Bennecke, aaO, S. 96-99

Wergeldes der Ehebrecherin an den verletzten Gatten durch den Ehebrecher, während eine Bestimmung für die untreue Gattin fehlt, so daß deren Bestrafung allein in der Hand ihres Mannes oder (bei einer Sklavin) ihres Herrn lag. War der Täter ein Sklave, so zeigte sich bei der strafrechtlichen Folge, daß die Unfreien immer noch als bloße Sachen angesehen wurden, die für ihren Herrn einen Vermögensgegenstand darstellten und für die er daher auch die Haftung übernehmen mußte. Kam es nämlich zu einer solchen Tat eines Sklaven, so nahm man an, daß sein Herr die notwendige Aufmerksamkeit nicht beachtet hatte, dieser deshalb die Strafe (= Wergeld der Ehebrecherin) an den verletzten Ehemann entrichten mußte. Gleichzeitig war der Sklave mitauszuliefern, wobei sein Herr einen Betrag von 20 solidi als den Wert des Sklaven abziehen konnte; das gleiche Abzugsrecht stand ihm auch zu, falls der Sklave auf frischer Tat getötet wurde.

Beim Verkehr eines Freien mit einer verheirateten Freigelassenen traf den Täter eine Strafe in Höhe von 40 solidi, die an den Ehemann, an die Eltern oder an den Herrn der Ehebrecherin zu entrichten war; handelte es sich um eine verehelichte Sklavin, bestand die Strafe in einer Geldbuße von 20 solidi, die der Herr der Ehebrecherin als der Eigentümer erhielt.

Bestraft wird mit einer Geldbuße von 12 solidi für den verletzten Ehemann nach bayerischem Recht auch bereits derjenige, der ein fremdes Ehebett mit einem Fuß bestiegen hatte, von der Frau jedoch an der Durchführung der Tat gehindert wurde. Wenn es auch heißt, daß die Bestrafung wegen Verletzung des fremden Ehebettes erfolgte,[1] und Bennecke[2] daraus ein Beleidigungsdelikt entnehmen will, darf doch

---

1) Tit.VII,c.1: "Et si in lectum calcaverit uno pede et prohibetur a muliere, et amplius nihil fecerit, cum 12 solidis conponat, eo quod iniuste in extraneum calcavit thorum".

2) aaO, S. 98

nicht verkannt werden, daß der Täter bereits alles zur Verwirklichung der Handlung getan hat und diese nur am Widerstand der Frau scheitert, so daß darin nicht nur eine hier bereits strafbare Vorbereitungshandlung[1] zu sehen ist, sondern schon ein für strafbar erklärter Versuch des Ehebruches.[2]

dd) Das fränkische Recht

Als Grundlage für dieses Volksrecht dienen die Aufzeichnungen der beiden fränkischen Stämme, nämlich die Lex Salica und die Lex Ribuaria. Beide enthalten nur eine gleichlautende Bestimmung über den Ehebruch, die die gewaltsame Entführung einer Ehefrau für strafbar erklärt. Da aber dieses Delikt im Gesetz unter die Sittlichkeitsverbrechen eingereiht ist, ist dabei wohl nicht allein oder hauptsächlich an den Fall des Raubes gedacht, vielmehr soll der Eingriff in die Rechte des Ehemannes geahndet werden, egal, ob der Täter mit der Geraubten den Beischlaf vollzog oder sie heiratete. Mit der Strafe von 200 solidi wird daher auch der damit zusammenhängende Ehebruch zur Rechenschaft gezogen.[3]

Daß aber selbst der einfache Ehebruch weiter nach dem üblichen Volksrecht bestraft wird, kann man daraus entnehmen, daß das Tötungsrecht auf frischer Tat beibehalten wird, was ja nur gerechtfertigt ist, wenn man von der Strafwürdigkeit des Ehebruches ausgeht. Dieses Recht wurde bei den Ribuariern sehr eingehend geregelt und für den Fall anerkannt, daß sich der Ehebrecher der Festnahme und Fesselung widersetzte, wobei der verletzte Ehemann nur straflos blieb, wenn er außerdem noch den Leichnam 14 oder 40 Tage bewachte und den Ablauf der Tat vor Gericht beschwor.[4]

1) So aber Lucas, aaO, S. 61 und Wolff, aaO, S. 22
2) Rosenthal, aaO, S. 60
3) Bennecke, aaO, S. 100
4) Bennecke, aaO, S. 101

ee) Das sächsische Recht

Die Lex Saxonum enthält nur eine Bestimmung über den Ehebruch, wenn nämlich ein Unfreier mit der Frau seines Herrn geschlechtlich verkehrt. Freilich wird hierbei hauptsächlich die Auflehnung gegen den Herrn bestraft, was sich vor allem in der Härte der Strafandrohung (= Tötung) und der Gleichsetzung mit dem Mörder der Tochter des Herrn zeigt. Gerade die Sachsen waren auf dem Gebiet der Keuschheitsverletzung für ihre harten Strafen bekannt. Aus überlieferten Quellen[1] wird ersichtlich, daß der Ehebrecher grundsätzlich aufgehängt wurde, während die Ehebrecherin entweder zum Selbstmord getrieben oder von den Frauen des Dorfes auf grausame Weise mißhandelt wurde, indem man ihr die Haare und Kleider vom Leib riß und sie unter Folterungen mit Peitschenhieben aus dem Ort trieb.

ff) Das friesische Recht

Auch dieses Recht bestimmt, daß der Ehebrecher erschlagen werden darf. Eine Regelung für die ehebrecherische Frau fehlt, jedoch folgt aus anderen friesischen Rechtsquellen sowohl die Tötungsbefugnis des Ehemannes ihr gegenüber wie auch das Wahlrecht, ob er sie überhaupt strafen wollte.[2]

Der Vollständigkeit halber schließt sich nun noch eine kurze Darstellung des Rechtes der West- und Ostgoten sowie der Burgunder an, obwohl diese inhaltlich mehr vom römischen, teilweise auch vom kanonischen Recht bestimmt sind als vom deutschen.

---

1) mitgeteilt bei Rosenthal, aaO, S. 59 und Bennecke, aaO, S. 102/103

2) Bennecke, aaO, S. 103

gg) Das Westgotische Recht

Im Lex Wisigothorum wird der Ehebruch sehr streng geahndet und in die Reihe der Kapitalverbrechen eingereiht.[1] Auf Grund des kanonischen Einflusses beim Ehebruchsbegriff kommen beide Ehegatten als Täter in Betracht, der Ehemann allerdings mit der Einschränkung, daß er mit einer Freien verkehrt, da ein Ehebruch mit einer Sklavin unbekannt war; gleichgestellt ist der Treuebruch der Braut.

Die Strafe besteht in der Übergabe der beiden Ehebrecher an den unschuldigen Gatten (beim Ehebruch des Ehemanns wird an seine Ehefrau allerdings nur die Ehebrecherin übergeben), die diesem verknechtet werden, so daß praktisch dessen Rachebefugnis als Strafe gesetzlich niedergelegt ist. Damit verbunden war weiter noch der Verlust des Vermögens, außer der oder die Verknechtete hatten noch eheliche Kinder, dann behielten diese das Vermögen.

Um auch jeden Ehebruch bestrafen zu können, führte man die öffentliche Anklage ein, deren Erhebung zunächst dem verletzten Ehemann, dann dessen mündigen Söhnen sowie den ehemännlichen Verwandten und schließlich sogar dem König eingeräumt wurde, wobei dann die beiden Ehebrecher samt ihrem Vermögen dem jeweiligen Ankläger verknechtet wurden. Prozeßrechtlich ist zur völligen Aufklärung der Ehebruchsfälle bestimmt, daß die Sklaven der Ehebrecher im Prozeß gefoltert werden dürfen und jede deswegen erfolgte Freilassung für ungültig angesehen wird.

hh) Das Ostgotische Recht

Noch strenger ist die Regelung im Edictum Theodori regis, wo nicht nur die beiden Ehebrecher mit dem Tode bestraft werden, sondern jeder Mitwirkende dieses Verbrechens,

---

1) im folgenden: Rosenthal, aaO, S. 65-67

egal, ob er den Raum zur Ausübung des Ehebruches zur Verfügung stellt oder die Frau zur Begehung anstiftet. Tötungsberechtigt ist nicht nur der verletzte Mann bzw. (wegen der Gleichstellung des Treuebruches der Verlobten) Bräutigam, sondern auch die nächsten Blutsverwandten des Mannes und der Frau.[1)]

ii) Das Burgundische Recht

Getreu dem römischen Vorbild hatte auch hier der verletzte Ehemann das Tötungsrecht auf frischer Tat, wenngleich er nur straflos blieb, wenn er beide Ehebrecher zugleich tötete. Trotz Gleichstellung des Treuebruchs der Braut stand dieses Recht dem Bräutigam nicht zu.

Im übrigen stand auf Ehe- wie auf Treuebruch die Todesstrafe, während bei einem Ehebruch einer freien Ehefrau mit einem Sklaven eine Verknechtung an den Fiskus erfolgte.[2)]

kk) Die fränkischen Capitularien[3)]

Es handelt sich hierbei um Gesetze fränkischer Könige, die aus den Beratungen mit den weltlichen Fürsten und der Geistlichkeit entstanden sind und daher sowohl geistliches wie weltliches germanisches Recht enthalten, was natürlich zu Spannungen und Widersprüchen führt. Während einerseits der geistliche Einfluß dahin geht, den Germanen die Ehe als göttliche Einrichtung und das daraus folgende Treuerecht beider Ehegatten näher zu bringen, und deshalb die Bigamie und das Halten einer Konkubine verurteilt, versucht auf der anderen Seite das weltliche Recht sich dadurch von der Kirche zu lösen, daß der Ehebruch, egal, ob der Täter ein Geistlicher oder ein Laie ist, vor dem weltlichen Gericht abgeurteilt wird.

1) Rosenthal, aaO, S. 68; Hollesch, aaO, S. 38
2) Rosenthal, aaO, S. 69; Vogt, aaO, S. 39
3) Bennecke, aaO, S. 104-106

Zusammenfassung

Insgesamt gesehen kennt das germanische Recht den Ehebruch nur beim Beischlaf der Ehefrau mit einem anderen an, christlicher Einfluß und damit verbundene Verantwortlichkeit des Ehemannes ist lediglich im langobardischen Recht und bei den Westgoten anzutreffen. Eine strenge Abgrenzung des Deliktes gegenüber anderen Tatbeständen erfolgt nicht, so daß auch Bigamie und Notzucht sowie gewaltsame Entführung wie ein Ehebruch behandelt werden.

Zwar bestehen auch hier die Todesstrafen gegen die Ehebrecher, sie sind jedoch (mit Ausnahme der Friesen) auf das Ertappen auf frischer Tat beschränkt. Allgemein setzt sich langsam eine mildere Beurteilung durch, die sich darin zeigt, daß die Zahlung einer Geldbuße in Höhe des Wergeldes immer mehr zunimmt.

2) In der Zeit der Rechtsbücher

Nach den Volksrechten herrschte für längere Zeit ein Stil
stand in der Gesetzgebungstätigkeit, ihre Geltung wurde
durch die Neuordnung der politischen Verhältnisse allmäh
lich zurückgedrängt, bis sie schließlich ganz außer Übun
kamen. Der Grund hierfür lag in der Umgestaltung Deutsch
lands in einzelne Territorien, wobei gleichzeitig der
Einfluß des Lehenswesens und der neuen ständischen Einte
lung des Volkes entscheidend die nunmehr geänderten Rech
anschauungen bestimmten. Denn jetzt setzte sich ein Rech
durch, das dem Partikularismus entsprach, dabei für jede
Bevölkerungsklasse besondere Regelungen einführte und de
Richter es ermöglichte, je nach den Umständen des Einzel
falles Recht zu sprechen, wobei natürlich in dieser Zeit
keine schriftlichen Rechtsaufzeichnungen zu finden sind.
Dies änderte sich erst, als sich die Entwicklung immer

stärker in zwei Richtungen hin ausdehnte, nämlich einmal in eine Ausbildung der Landesherrlichkeit, zum anderen in eine zunehmende Erstarkung der Städte, so daß ab dem XIII. Jahrhundert wieder geschriebenes Recht anzutreffen ist. Dieser zweispurige Vorgang spiegelt sich auch in den Rechtssätzen wieder.

Während die Landrechte hauptsächlich das Gewohnheitsrecht ihres Stammes aufzeichnen wollten und deshalb ziemlich konservativ waren, schafften die Stadtrechte mit Rücksicht auf die durch das enge Zusammenwohnen vieler Menschen hervorgerufenen Lebensverhältnisse und im Hinblick auf den Aufschwung von Handel und Verkehr ein völlig neuartiges Recht, das vor allem die Interessen der Stadt, den Stadtfrieden berücksichtigte.

Dies alles führte auch zu einer regionalen Aufteilung des Geltungsbereiches der einzelnen Rechtsquellen, wobei der Norden Deutschlands vom Sachsenspiegel, der Süden dagegen vom Schwabenspiegel bestimmt wurde; freilich gilt dies in erster Linie nur für die Landgebiete, denn bei der Unzahl der städtischen Rechtsaufzeichnungen war in den Städten für diese Rechtsbücher kein Platz mehr.

Bei der Vielfalt der einzelnen Regelungen in Stadt und Land muß sich die Arbeit darauf beschränken, nur die wesentlichen Grundzüge der wichtigsten Rechtsquellen darzustellen.

a) Der Sachsenspiegel und die von ihm beeinflußten Rechtsquellen

Wie viele der großen Rechtsbücher dieser Zeit ist auch der Sachsenspiegel eine Kodifikation eines Privatmannes, nämlich Eike von Repkow, die dieser von 1215-1235 bearbeitete. Da im Sachsenspiegel selbst nur eine ganz kurze Regelung enthalten ist, müssen zum besseren Verständnis ihm verwandte sächsische Rechtsbestimmungen herangezogen werden.

In aller Kürze heißt es im Sachsenspiegel:[1] "Unde die in overhure begrepen werdet, den sal man dat hovet afslan", wobei eine Definition in der ältesten Glosse von Johann von Buch zu finden ist: "overhure - dat sint de sik bi eliken vrowen leggen." Damit liegt auch diesem Rechtsbuch der römisch-rechtliche Ehebruchsbegriff (Beischlaf einer Ehefrau mit einem anderen als ihrem Manne) zugrunde; auf das Delikt steht die Todesstrafe.

Eine ausführliche Regelung über das Tötungsrecht des Ehemannes enthält das sog. Rechtsbuch nach Distinktionen,[2] das rein sächsisches Recht zusammenfaßt. Danach soll der Ehemann, wenn er den Schuldigen bei seiner Ehefrau auf frischer Tat ertappt ("mit der worhaften tad") und beide Ehebrecher erschlägt, sich mit der Waffe auf die Erschlagenen setzen und beim Gericht seine Tat anzeigen. Dort muß er dann Klage erheben, wobei die Schreimannen, d.h. die Zeugen, die auf das bei der Ergreifung der Ehebrecher erhobene Geschrei herbeikommen, den genauen Vorgang und insbesondere die Unschuld des Ehemannes beweisen helfen. Wegen dieser scheinbaren handhaften Tat soll dann in einem Urteil ausgesprochen werden, daß er die Erschlagenen aneinander gebunden unter den Galgen führt, ein Grab ausschaufelt, dort einen Pfahl durch beide schlägt ("sy sin lebende oder tot") und dann das Grab zufüllt. Erfüllt er diese Voraussetzungen, dann bleibt er wegen dieser Tat straffrei ("he blibet ane nod unde ane wandel kegen den frunden und kegen deme gerichte"). Daaus dieser Bestimmung hervorgeht, daß ein Racherecht des Ehemannes nicht mehr allgemein anerkannt wird, sondern nur noch, wenn die Tat in der ersten Erregung geschieht, was nur beim plötzlichen Ertappen der Fall ist, muß man annehmen, daß bei Nichterfüllung der aufgestellten Regeln der Ehemann als Täter zur Verantwortung gezogen wird, zumal eine Wandlung

---

1) II. Buch Art. 13 § 5; Rosenthal, aaO, S. 85/86
2) B. IV, cap. XI, Dist. II bei: Ortloff, aaO, S. 203

in der Beurteilung festzustellen ist dergestalt, daß die Tötung der beiden Schuldigen nicht mehr eine erlaubte Handlung darstellt, sondern nur noch eine ausnahmsweise entschuldbare Tat.[1)]

Eine weitere Ergänzung erfährt das sächsische Recht durch die vor allem für die Praxis bestimmten Rechtsbücher. Dabei stellt das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht[2)] noch einmal klar, daß als Ehebrecher der anzusehen ist, der sich mit einer fremden Ehefrau vergeht, und regelt zusammen den Fall des einfachen Ehebruches und den der an einer Ehefrau begangenen Notzucht.

Bei der Notzucht findet sich eine eingehende Regelung des Verfahrens, das wohl entsprechend auch für den Fall des Ehebruches Anwendung gefunden hat, nur daß dann eben der verletzte Ehemann als Kläger aufgetreten ist. Wurde der Ehebrecher bei der Tat ertappt und vor Gericht geschleppt, so trifft ihn bei einem Geständnis die Todesstrafe durch das Schwert, im Falle des Leugnens muß die Ehefrau (als Klägerin bei der Notzucht) den Beweis antreten. Wurde er nicht sogleich vor das Gericht gebracht, sondern über Nacht in ein Gefängnis eingesperrt, so mußte zwar auch hier die Frau ihn dann vor Gericht bringen und anklagen, bei Leugnen des Täters traf aber dann ihn selbst die Beweislast, d.h. er konnte sich nur durch seinen Eid mittels sieben Eideshelfern von der Strafe befreien. Daraus ist erkennbar, daß nunmehr das Schwergewicht der Ahndung sich allmählich auf die Gerichte verlagert und den dortigen strengen Formvorschriften und Beweisregelungen unterworfen wird.

Der erste große Einbruch in das in den Grundzügen immer noch germanische sächsische Recht erfolgte dann in den "Magdeburger Fragen".3) Denn dort wird für den Spruch der

---

1) Welsch, aaO, S. 35; Rosenthal, aaO, S. 72/73 und S. 77
2) Vgl. bei Bennecke, aaO, S. 125/126
3) dazu Rosenthal, aaO, S. 87 und Bennecke, aaO, S. 127

Schöffen der kanonisch-rechtliche Begriff des Ehebruches zugrunde gelegt und beide Ehebrecher ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht in gleicher Weise gestraft ("wip adir man, elich adir unelich"), wobei auch hier das Verfahren näher geregelt ist. Wurde der Schuldige auf frischer Tat ergriffen und vor Gericht geführt, so wurde er zum Tode durch das Schwert verurteilt, falls der Kläger ihn mit sieben Eideshelfern überführen konnte; wurde die Tat später bekannt, so kam es bei dieser schlichten Klage gar nicht zu einem Beweisantritt des Klägers, vielmehr konnte sich der Angeklagte allein durch seinen Eid der Klage entziehen.

Den Abschluß des sächsischen Rechts bilden die im 14. Jahrhundert entstandenen Bearbeitungen des Sachsenspiegels für einzelne Gebiete und Städte, wovon die des sächsischen Landesrechts von Berlin eine Neuerung in der Lehre über den Ehebruch enthält.[1)]

Es bleibt zwar beim Ehebruchsbegriff des Sachsenspiegels, das Tötungsrecht erfährt jedoch eine entscheidende Änderung. Denn nun wird dem Ehemann verboten, selbst an den auf der Tat ergriffenen Ehebrechern die Rache auszuüben, er muß vielmehr die beiden Schuldigen fesseln und vor das Gericht bringen, wenn er nicht sein eigenes Leben, Ehre und Gut verlieren will. Damit kann man am Ende der Entwicklung des Sachsenspiegels feststellen, daß die Privatrache fast völlig ausgeschaltet worden ist und dem Gericht die alleinige Aburteilung obliegt.

b) Der Schwabenspiegel und ihm ähnliche süddeutsche Rechtsbücher

Auch der Schwabenspiegel enthält wie das sächsische Recht die Todesstrafe durch Enthaupten für die Ehebrecher, als welcher der Mann und die treulose Ehegattin in Betracht

---

1) Bennecke, aaO, S. 128

kommen: "Ob ieman bi eins mannes wibe lit, der uber hurer und die uber hurerin du beidn sampt sint dez todes schuldig."[1)]

Neben der Regelung des einfachen Ehebruches enthält der Schwabenspiegel noch eine Privilegierung, wonach die Ehefrau eines Wirtes bzw. die Kellnerin in einer Schenke nicht die gleiche strenge Strafe für einen Ehebruch erhalten sollen wie andere Frauen, weil sie ja bei ihrer Tätigkeit in diesem Gewerbe "mit den liten mer ze schaffen han." Für diesen Personenkreis findet kein öffentliches Strafverfahren statt, vielmehr sollen sie heimlich Buße vor ihrem Pfarrer tun. Mangels jeder ähnlichen Bestimmung in anderen Rechtsbüchern muß man annehmen, daß diese Regelung auf römisch-rechtlichen Einfluß aus der Zeit Konstantins zurückzuführen ist.[2)]

Über das Tötungsrecht des Ehemannes schweigt dieses Rechtsbuch völlig; bei einem Vergleich mit anderen verwandten Rechtsquellen und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Schwabenspiegel vor allem eine Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht darstellt, ist deswegen aber noch nicht der Schluß zulässig, daß damit in diesem Gebiet keine straflosen Tötungen des Ehemannes bei Ergreifen der Schuldigen auf frischer Tat möglich waren.[3)]

Zum Abschluß der Entwicklung machte sich der kanonischrechtliche Einfluß auch bei diesem Recht durch Zusätze bemerkbar, die schließlich die Gleichstellung von Mann und Frau festsetzten, so daß als Ehebruch jeder außereheliche Beischlaf einer verheirateten Person mit einer unverheirateten angesehen wurde ("hat aber sin man ein wib und brichet sin e mit einer andren").[4)]

---

1) Rosenthal, aaO, S. 87
2) Rosenthal, aaO, S. 88/89
3) Bennecke, aaO, S. 131
4) Bennecke, aaO, S. 130

Anders als der Sachsenspiegel lehnten sich nur wenige Rechtsbücher an den Schwabenspiegel an bzw. verarbeiteten und glossierten seinen Inhalt. Zu diesen gehören aber das Land- und Stadtrechtsbuch des Ruprecht von Freysing. Während ersteres lediglich die Bestimmungen des Schwabenspiegels - allerdings ohne den privilegierten Fall und ohne die später erfolgte Gleichstellung - wiederholt, finden sich im Stadtrecht genaue Bestimmungen über das Tötungsrecht des Ehemannes. Ergreift er seine Frau mit einem Dritten beim Ehebruch, so darf er beide erschlagen, gleichzeitig muß er aber auch gewisse formelle Voraussetzungen erfüllen, nämlich einmal die Nachbarn herbeirufen, ihnen sowohl den Ehebruch wie seine eigene Tat klagen, und schließlich mit der blutigen Waffe vor das Gericht gehen und dort seine Tat anzeigen. Hat er dies alles getan, bleibt er vor dem weltlichen Gericht straflos und wird nur noch zu einem geistlichen Richter geschickt, der ihn dann mit einer kirchlichen Buße belegt. "Und darnach sullnn jn dy richter und dy burger fridnn von enes fründtnn den er erslagenn hat, wann sy paide jr trew zeprochnn habnn."[1] Diese Regelung ist ein guter Beweis dafür, daß langsam aus dem "Tötungsrecht" des Ehemannes nun ein Schuldausschließungsgrund wird, der hier bereits mit einer Scheinbuße als grundsätzliche Rechtsverletzung betrachtet wird. Das zeigt sich auch daran, daß zwar der Ehemann auch straflos bleibt, wenn er nur einen Schuldigen erschlägt, falls der andere ihm entwischte, daß er aber im übrigen bei Überschreitung seines Racherechts schwer bestraft wird, indem er zunächst an ein Pferd gebunden und geschleift wird, und endlich den Tod durch das Rad erleidet.[2]

Als letztes Rechtsbuch dieses Rechtskreises ist noch auf das Keyserrecht einzugehen, wenngleich dieses Rechtsbuch

---

1) Rosenthal, aaO, S. 81

2) Bennecke, aaO, S. 132/133

ziemlich selbständig gegenüber dem Schwabenspiegel steht. Danach kommen als Ehebrecher sowohl jeder Dritte, der mit einer Ehefrau verkehrt, in Betracht wie auch ein treuloser Ehemann, der durch einen Ehebruch die Rechte seiner Ehegattin verletzt ("dazselbe ist auch der frowen recht").[1] Bei der Ahndung dieses Vergehens kommt aber die Tendenz des Rechtsbuches zum Ausdruck, dem Staat die ausschließliche Strafgewalt zu verschaffen und damit die Privatrache auszuschalten oder doch wenigstens zu beschränken. Deshalb wurde die Tat auf Seiten der Ehefrau mit einer Vermögensstrafe, die an den Gatten fällt, gerächt, wobei dem Mann das Recht eingeräumt wurde, seine treulose Frau aus dem Hause zu verstoßen, was gleichzeitig das Verbot einer Wiederheirat zur Folge hatte; der Mann dagegen wurde lebenslänglich in ein Kloster eingesperrt.[2] Ausdrücklich verbietet dieses Recht aber dem Manne jede Racheausübung, indem sie ihn, falls er doch vom Zorn getrieben die Tat rächt, der Strafgewalt des Kaisers mit Leib und Gut verfallen läßt ("so hat er getan wider des Kaisers rechte und hat sin recht verlorn").[3]

c) Die Stadtrechte

Eine Darstellung dieser in sehr großen Mengen vorhandener Stadtrechte bringt deshalb erhebliche Schwierigkeiten mit sich, weil diese Rechte in vielen Abweichungen oft völlig verschiedene Auffassungen vertreten, so daß sich ein einheitliches Gesamtbild nicht aufzeigen läßt. Selbst der bei den meisten Stadtrechten erkennbare Wille, im Interesse einer Wahrung des Stadtfriedens die Privatrache möglichst einzuschränken, ist nicht überall durchgeführt. Man wird den Grund für diese Mannigfaltigkeit einmal in dem doch begrenzten Geltungsbereich der einzelnen Stadtrechte zu

1) Rosenthal, aaO, S. 74
2) Bennecke, aaO, S. 133/134
3) Rosenthal, aaO, S. 74

suchen haben, zum anderen auch in der räumlichen und zeitlichen Entfernung. Daher kann diese Arbeit nur einen kurzen Überblick über die wichtigsten Rechte geben, um so die ganze Verschiedenartigkeit der Bestimmungen erkennen zu lassen.

Beim Ehebruchsbegriff sind in den Stadtrechten ebenfalls die beiden Richtungen wie bei den großen Landrechten anzutreffen. Während die meisten am germanischen Begriff und der damit verbundenen einseitigen Bestrafung der Ehefrau und ihres Mitschuldigen festhalten,[1] findet sich in anderen bereits die Gleichstellung der beiden Eheleute als Täter auf Grund des kanonisch-rechtlichen Einflusses, wobei dieser besonders im süddeutschen Raum festzustellen ist.[2]

Fast unübersehbar und an Unterschiedlichkeit kaum zu übertreffen sind die Strafen, die von den einzelnen Stadtrechten zur Ahndung des Ehebruches verhängt werden, von denen wenigstens die wichtigsten erwähnt werden sollen. Diese Mannigfaltigkeit der Strafen[3] zeigt aber auch, wie sehr sich das Recht in den Städten änderte und wie verschieden die Ansichten bezüglich der Strafwürdigkeit des Ehebruches waren, so daß neben einer streng konservativen auch schon eine recht liberale Auffassung sich durchsetzen kann.

Selbstverständlich wird auch in diesen Rechten traditionsgemäß der Ehebruch mit dem Tode bestraft, wobei dies in der Regel durch Enthauptung vollstreckt wird;[4] daneben

---

1) z.B.Lübisches Recht-Lübeck, Ende des 12.Jahrhunderts (Rosenthal, aa0, S. 92)
Hamburger Stadtrecht von 1270 (Rosenthal, aa0, S. 89)
Kriminalordnung von Altdorf, 15. Jahrhundert (Rosenthal, aa0, S. 90)

2) z.B.Wiener Stadtrecht von 1340 (Rosenthal, aa0,S.86)
Züricher Stadtrecht von 1415 (" " ,S.94)

3) vgl. His, Strafrecht des MA, aa0, S. 168-171

4) z.B.: Hamburger Stadtrecht von 1270
Iglauer Stadtrecht (Rosenthal, aa0, S. 90)
Brünner " " " S.90)

tritt bei manchen eine Verschärfung ein, indem man die Schuldigen (auch lebendig!) begräbt und einen Pfahl durch sie schlägt;[1] teilweise wird hinsichtlich der Ehebrecher unterschieden, wobei der Mann durch Enthauptung, die Frau durch Ertränken getötet wird.[2] Einige Stadtrechte sprechen die Todesstrafe nur für bestimmte qualifizierte Fälle aus, etwa für den wiederholten Ehebruch,[3] für den Fall des Doppelehebruches[4] oder für den öfters erwähnten Beischlaf von Christen und Juden, der häufig mit dem Feuertod bestraft wird.[5]

Anderen Rechten erschien die Tötung der Ehebrecher als zu hart, weshalb sie die Täter auf andere Weise streng bestraften. Oft sprach man eine Verbannung aus, die zeitlich beschränkt, aber auch lebenslänglich sein konnte;[6] oder man wollte die Täter bei ihrer Ehre treffen, indem man die Strafe des Schwemmens, d.h. das Ziehen der Verurteilten durch ein Wasser auf eine bestimmte Strecke,[7] anwendete oder gar schon prangerähnlich die Tat ahndete, wenn etwa die Ehebrecherin ihren Mitschuldigen - am Schamglied haltend - durch die Dörfer ziehen mußte.[8]

Allmählich setzte es sich dann immer mehr durch, daß die Todesstrafe durch Geld abgelöst werden konnte, woraus sich langsam feste Geldbußen entwickelten. Zunächst räumte

---

1) z.B.: Kriminalordnung von Altdorf

2) z.B.: Pfälzisch Malefitz-Recht von 1552 (Rosenthal, aaO, S. 90)

3) z.B.: Württembergisches Gnadenreskript von 1586 (Rosenthal, aaO, S. 90)

4) z.B.: Strafrecht v.Ofen von 1290 (Rosenthal, aaO, S.98

5) z.B.: " v.Augsburg v.1276(" " S.96/97)

6) z.B.: Lüneburgische Bauernsprache, 13. Jahrhundert (Rosenthal, aaO, S. 93)
Stadtrecht von Wismar von 1363(Rosenthal, aaO, S.93)
Ulmer Stadtrecht (Rosenthal, aaO, S. 93)

7) z.B.: Basel, 16. Jahrhundert (Rosenthal, aaO, S. 93)

8) z.B.: Lübisches Recht (Lübeck) Ende des 12. Jahrhunderts (Rosenthal, aaO, S. 92)

man dem verletzten Ehemanne noch ein Wahlrecht zwischen einer Leibes- oder einer Geldstrafe für die Schuldigen ein,[1] dann ermöglichte es man den Schuldigen allgemein, sich von der Strafe loszukaufen.[2] Diese Tendenz gewann schließlich in den späteren Rechten die Oberhand, wo entweder Gefängnisstrafen, in der Regel 4 Wochen,[3] oder überhaupt nur noch Geldbußen verhängt wurden.[4] Endlich sahen manche Rechte den Ehebruch nur noch unter dem Gesichtspunkt der Erregung öffentlichen Ärgernisses an und bestraften ihn daher als bloße Polizeiübertretung, indem man den Ehegatten, die mit anderen Personen im Ehebruch zusammenlebten, die Verweisung aus der Stadt androhte, wenn sie das Verhältnis nicht beendeten,[5] oder eine geringe Geldstrafe gegen sie verhängte.[6]

Oft wird auch die Strafe unterschiedlich danach bemessen, ob der Ehebruch einmal oder wiederholt begangen wird, wobei richtige abgestufte Strafskalen aufgestellt wurden, nach denen die Strafe immer höher wird, je öfter die Ehe gebrochen wurde. Meist begannen die Strafen mit einer geringen Geld- oder Gefängnisstrafe, die bei mehrfacher Tat erhöht werden konnte; kam das Vergehen allzu häufig vor, führte dies zu einer Ausstellung am Pranger oder zu einer Verbannung, manchmal sogar wieder zur Todesstrafe.[7] Ausnahmsweise findet sich bei einem Recht[8] auch eine Berück-

---

1) z.B.: Statuten von Riga, 14. Jahrh. (Rosenthal, aaO, S.91)
2) z.B.: Mainzer Waldbote von 1422 (" " S.97)
3) z.B.: Straßburger Verordnung v.1529 (" " S.95)
Württemb.Landesordnung v.1536 (" " S.95)
4) z.B.: Hofsrechte zu Eikel um 1500 (" " S.91)
Hadeler Landrecht von 1581 (" " S.92)
5) z.B.: Züricher Stadtrecht von 1415 (" " S.94)
6) z.B.: Aargauer Weistümer, 1559 (" " S.91)
7) z.B.: Basler Recht von 1457 (" " S.94)
Straßburger Verordnung v.1529 (" " S.95)
Tiroler Landesordnung v.1573 (" " S.96)
8) Bayerische Landesordnung v.1578 (" " S.99/100)

sichtigung des Standes und Geschlechtes der Schuldigen, wobei die Strafen gestaffelt sind, je nachdem, ob die Täter zur niederen Volksklasse, zum Mittelstand oder zur Ritterschaft bzw. zum Adel gehören.

Völlig aus dem bisher gezeigten Rahmen fallen einige wenige Rechte, die in gewissen Fällen den Ehebruch sogar als erlaubt ansehen. Es handelt sich dabei einmal vorwiegend um Westfälische Rechtsordnungen,[1] die wohl nur so verstanden werden können, daß es ein seit Jahrhunderten geübtes Recht aufzeichnet, das von der Absicht bestimmt war, die Stammgüter eines Bauern durch Sicherung der Nachkommenschaft zu erhalten. Konnte nämlich ein solcher Ehemann seine Pflichten nicht erfüllen, gestattete ihm dieses Recht, seine Ehefrau vorübergehend einem anderen zu überlassen, ja sie unter Umständen sogar auf den Jahrmarkt zu bringen. Ebenso ungewöhnlich ist ein Ehehaftrecht,[2] das bei Uneinbringlichkeit einer Geldbuße dem Eintreibenden als letztes Zwangsmittel die Möglichkeit eines Verkehrs mit der Ehefrau einräumt. Genauso ausgefallen ist das (vor allem in der Schweiz anzutreffende)[3] "ius primae noctis", wonach der Herr eines Hörigen das Recht hatte, mit dessen Braut die erste Nacht zu verbringen, wobei jedoch dieser dieses Recht abkaufen konnte.

Abschließend muß noch auf die Behandlung des ehemännlichen Tötungsrechtes in den Stadtrechten eingegangen werden, dessen Einschränkung sich fast alle zur Aufgabe gemacht hatten. So ist allgemein festzustellen, daß dieses Recht nur dann gegeben war, wenn der Ehemann die beiden Schuldigen auf frischer Tat ertappte; im übrigen wurde die Straflosigkeit von der Erfüllung prozessualer Voraussetzungen abhängig gemacht, wobei die einzelnen Rechte wiederum Unterschiede kannten. Am weitesten ging man

---

1) mitgeteilt von Rosenthal, aa0, S. 101
2) von Wilzhut (" " S. 102)
3) vgl. " " S. 103

dort, wo dem Ehemann die Wahl eingeräumt wurde, ob er von seinem Tötungsrecht Gebrauch machen oder es sich durch Geld abkaufen lassen wollte,[1] wo also das Delikt noch als reines Privatverbrechen angesehen wurde. Sonst aber ist eine Tötung der Schuldigen durch den Ehemann meistens nur erlaubt, wenn er die beiden Ehebrecher erschlägt. Dies ergibt sich vor allem daraus, daß dann, wenn nur gegen einen Teil vorgegangen wird, der Ehemann sich strafbar machen konnte[2] oder doch, falls einem die Flucht gelang, diese Flucht beweisen mußte, um so gerechtfertigt zu sein.[3] Manche bestraften den Ehemann nur, wenn er seine Ehefrau schonte, den Ehebrecher dagegen tötete,[4] wobei allerdings die verhängte Geldstrafe so gering war, daß damit wohl nicht die Tat geahndet, sondern nur deren Strafbarkeit festgestellt werden sollte. Besonderheiten finden sich dann noch im schweizerischen Recht, wo sogar das Tötungsrecht wieder ausgedehnt wurde auf den Vater, den Sohn und den Bruder.[5] Allmählich aber ändert sich die Entwicklung dieses Tötungsrechtes, zunächst belegt man den Totschlag noch mit einer geringen Scheinbuße,[6] bis man schließlich in Stadtrechten des 16. Jahrhunderts die Tat verurteilt und das Ertappen auf frischer Tat nur noch - mit Rücksicht auf die momentane Erregung des Täters - strafmildernd berücksichtigt ("zu dem ist nit strenglich zu richten").[7]

---

1) Rechtsbrief von Lippe (1240) für Lippstadt (1244) (Rosenthal, aaO, S. 75)

2) Lüneburger Recht (" " S. 79)

3) Brünner Stadtrecht (" " S.78/79)

4) Wiener Stadtrecht von 1340 (" " S.80)

5) Zuger Rechtssatz von 1566 (" " S. 82)

6) Züricher Rechtsquellen aus dem 16. Jahrhundert: "18 haller" (Rosenthal, aaO, S. 80)

7) z.B. Wormser Stadtrecht von 1531 u. Stadtrecht von Freiburg von 1547 (Rosenthal, aaO, S. 84)

Zusammenfassung

Die nunmehr behandelte Epoche ist als eine Zeit des Überganges festzuhalten, in der langsam die bisher doch recht einheitliche Anschauung über den Ehebruch ins Wanken kam. Zwar traten bei der Begriffsbestimmung keine großen Änderungen ein, abwechselnd waren der germanische oder der kanonisch-rechtliche in Geltung. Jedoch schon bei den Strafen zeigte sich erstmals eine breite Skala, die von der traditionellen Todesstrafe über Freiheits- und Ehrenstrafen bis zu Geldbußen reichte, ein Beweis für die Unsicherheit, wie man den Ehebruch strafrechtlich einreihen sollte.

Entscheidend war aber der Wechsel hinsichtlich des ehemännlichen Tötungsrechtes, wo aus der ursprünglich erlaubten Tat nun nur noch eine straflose wurde, die noch dazu einer gerichtlichen Bestätigung bedurfte, denn der Ehemann mußte die Tat vor Gericht anzeigen, damit überprüft werden konnte, ob er auch tatsächlich seine Rachebefugnis nicht überschritten hatte.

Schließlich muß auch auf die Zuständigkeit der weltlichen und geistlichen Gerichte zur Aburteilung eingegangen werden. In dieser Zeit ist nämlich ein eigenartiges Nebeneinander dieser beiden Gerichtsbarkeiten festzustellen, die natürlich auch von verschiedenen Anschauungen ausgingen und deshalb unterschiedliche Strafen aussprachen. Hier war ursprünglich das geistliche Gericht als Ehegericht zuständig;[1] doch wurde es langsam auf die Fälle des einfachen Ehebruchs beschränkt, bis dann das weltliche Gericht allgemein für die Aburteilung des Ehebruches zuständig wurde und das geistliche Gericht nur noch ergänzend etwa bei Verhängung von Bußen sich betätigte, so daß bei Abschluß dieser Zeit das weltliche Gericht das Übergewicht besaß und der Ehebruch nunmehr staatlich geahndet wurde.

---

1) Bennecke, aaO, S. 143 - 147, v.a. S. 145

d) Die Zeit der Rezeption

Die aufgezeigte Vielzahl der zahlreichen, örtlich verschiedenen Rechtsbestimmungen hatte eine derartige Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit zur Folge, daß bald Bestrebungen in Gang kamen, ein einheitliches Recht zu schaffen. Nicht zuletzt auf Grund des Gedankens, daß das Römische Reich deutscher Nation eine Fortsetzung des alten "imperium Romanum" sei, bemühte man sich, das fremde römische Recht in Deutschland aufzunehmen und seine Geltung durchzusetzen. Zwar wurde diese Rezeption auch durchgeführt, doch spielten dabei auch germanische Rechtsanschauungen mit herein, so daß die erstrebte Rechtseinheit nicht in erwartetem Maße hergestellt werden konnte, zumal sowohl eine ausschließliche Geltung wie auch eine Regelung des Verhältnisses vom fremden zum deutschen Recht fehlte. Auf strafrechtlichem Gebiet waren es vor allem zwei Werke, die diese Einheit erreichen wollten.

aa) Die Bamberger Halsgerichtsordnung[1]

In Anlehnung an das römische Recht versteht sie unter Ehebruch den Beischlaf einer Ehefrau mit einem anderen als ihrem Ehemann. Den männlichen Ehebrecher, mag er ledig oder verheiratet sein, trifft dabei die Todesstrafe durch Enthauptung ("nach sage der Keyserlichen recht mit dem schwert zu todt gestrafft"), während die Ehebrecherin in ein Kloster eingesperrt wird ("zu ewiger buss und straff verspert und gehalten werden sol") und zusätzlich noch ihr Vermögen ("heyratgut und morgengab") an ihren Ehemann herausgeben muß.[2]

Neu und auf kirchlichen Einfluß zurückzuführen ("das, was den Frauen nicht erlaubt sey, könne auch den Männern nicht

1) Constitutio Criminalis Bambergensis von 1507 (verfaßt von Johann Freiherr zu Schwarzenberg)

2) Welsch, aaO, S. 48

gestattet seyn") ist die Bestimmung, daß sich auch der verheiratete Mann bei geschlechtlichem Umgang mit einer Ledigen strafbar machen kann, wobei man seine Tat - die ja nach dem als Vorbild dienenden römischen Recht straflos war - infolge dieser Lücke als "stuprum" einordnete und mit Pranger, Kerker oder Stäubung ("ruten ausshawen") ahndete, zusätzlich verlor auch der Ehemann Vermögen ("jr heyratgut und vermechtnuss") an seine Ehefrau.[1)]

Römischrechtlich ist weiterhin die grundsätzliche Notwendigkeit eines Antrages des verletzten Ehegatten (bzw. auch des Vaters der Ehebrecherin); diese Berechtigung besteht nicht mehr, wenn auch der andere Teil selbst die eheliche Treue gebrochen oder durch weiteren ehelichen Verkehr die Tat verziehen hat.[2)] Nur ausnahmsweise wird der Ehebruch als Offizialdelikt angesehen und von Amts wegen verfolgt, nämlich dann, wenn ein "öffentlicher unzweyffenlicher ergerlicher eebruch" vorliegt. Dieses Einschreiten des Gerichts bei öffentlichem Ärgernis ist weiter davon abhängig, daß die weltlichen Hofräte hierzu ihre Zustimmung geben, eine Folge der nunmehr rein von weltlicher Seite durchgeführten Aburteilung des Ehebruches als delictum fori communis.[3)]

Hinzuweisen ist noch darauf, daß in der Bambergensis die Bigamie, die bisher wie ein Ehebruch behandelt wurde, ausdrücklich davon unterschieden wird, indem die Anwendung einer Todesstrafe hierfür abgelehnt wird (Art. 146).

Was schließlich das private Selbsthilferecht des Ehegatten anbelangt, wird die bisherige Entwicklung fortgesetzt. Zwar ist es noch nicht völlig beseitigt, dem Gatten steht

---

1) Welsch, aaO, S. 50. Daß es sich hier nicht auch um die Ahndung eines Ehebruches des Mannes handelt (so aber Groß, aaO, S. 46), ergibt sich vor allem daraus, daß die Mitschuldige straflos ausgeht. Auch die unterschiedliche Bestrafung spricht dafür, daß es erst ein Versuch einer Gleichstellung ist.

2) Welsch, aaO, S. 51

3) Welsch, aaO, S. 52

aber kein Tötungsrecht mehr zu, vielmehr wird seine Handlung nur entschuldigt, wenn er die Ehebrecher auf frischer Tat ertappt bzw. nach einer Verwarnung in Gemeinschaft antrifft und sie in seiner ersten Wut ("auss hitzigem gemüt") erschlägt; nur dann soll er straflos bleiben, "die peinlich straff wirt jm seines billichen schmertzen halb uber-sehen".[1] In gleicher Weise kann auch der Vater der Ehebrecherin entschuldigt sein (Art. 175), wenn dies in "ordentlicher Weise" durchgeführt wurde.[2]

bb) Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V.[3]

Den Abschluß der unterschiedlichen Behandlung von Ehemann und Ehefrau brachte nun die CCC (Art. 120), die als Ehebruch jede wissentliche fleischliche Vermischung zwischen einem Ehegatten und einer dritten Person betrachtet ("Item so eyn ehemann eynen andern umb des ehebruchs willen, den er mit seinem Eheweib verbracht hat, peinlich beklagt" ... und "... so eyn eheweib jren mann oder die person, damit der ehebruch volnbracht hett, beklagen will"). Während also im Gegensatz zum römischen Recht nun auch der Ehemann und seine Mitschuldige als Täter in Frage kommen, ist als Einschränkung zu beachten, daß nur mehr eine rechtmäßig geschlossene Ehe, also nicht mehr eine Putativehe oder ein Verlöbnis, verletzt werden kann, bei den anderen Verhältnissen kann höchstens eine Bestrafung wegen stuprums erfolgen.[4]

Große Unsicherheit herrschte aber hinsichtlich der angedrohten Straffolgen für die Ehebrecher. Die Verweisung auf die "sage unser vorfarn und unser Keyserlichen rechten" bedeutete, daß damit das römische Recht Anwendung

---

1) Welsch, aaO, S. 55

2) Groß, aaO, S. 48

3) Constitutio criminalis Carolina (CCC), 1532

4) v.Wächter, Abhandl., S. 124; Welsch, aaO, S. 53; Vogt, aaO, S. 49

finden sollte, weshalb der Ehebrecher mit dem Tode durch das Schwert bestraft wird, die Ehebrecherin dagegen mit der Einsperrung in ein Kloster bzw. (bei einer Protestantin) mit lebenslänglicher Landesverweisung.[1] Unklar blieben aber die Folgen für den Ehebruch eines Ehemannes mit einer ledigen Frau, da ja dieser Fall vom römischen Recht nicht behandelt wurde. Schon der Wortlaut ("item dass es auch gleicher weiss") spricht eindeutig dagegen, daß die Strafen je nach Täter abgestuft wurden;[2] gegen die Annahme, daß mangels römischem Vorbild der schuldige Ehemann und seine Partnerin straflos ausgehen sollen, spricht schon die Tatsache, daß damit die erstmals ausgesprochene Gleichstellung von Mann und Frau strafrechtlich belanglos und die Vorschrift damit widersprüchlich wäre. Naheliegend ist daher der Schluß, daß der Hinweis auf die gleiche Bestrafung einfach bedeutet, daß der Ehemann wie der Ehebrecher und seine Mitschuldige wie die treulose Ehegattin bestraft werden sollen, zumal in der damaligen Zeit teilweise die Ansicht vertreten wurde, auch das römische Recht strafe schon den untreuen Ehemann wegen Ehebruches.[3]

Auch bei der CCC ging das Gericht nur dann gegen die Ehebrecher vor, wenn ein dahingehender Antrag gestellt wurde, was hier nur dem verletzten Ehegatten zustand. Ebenfalls war anerkannt, daß dazu keine Pflicht bestand, so daß dem schuldigen Teil verziehen werden konnte, ohne daß sich der unschuldige Partner deswegen der Kuppelei schuldig machte.[4]

---

1) Hollesch, aaO, S. 50/51

2) So aber v. Wächter, Abhandl., S. 127: danach soll die höchste Strafe den Ehebrecher treffen (der das fremde eheliche Verhältnis angreift), gelinder soll die untreue Ehegattin bestraft werden, noch milder der treulose Mann (dessen Ehebruch die Familie nicht so nachteilig beeinflußt wie der der Gattin) und schließlich soll die ledige Mitschuldige die geringste Strafe treffen.

3) Welsch, aaO, S. 49

4) von Wächter, Abhandl., S. 126

Eine Ausnahme und damit ein Einschreiten von Amts wegen war zwar in der CCC nicht geregelt, dafür waren aber bereits vorher reichsgesetzliche Bestimmungen für diesen Fall vorhanden. So erklärte die Reichspolizeiordnung (RPO) von 1530 (tit.33) ein amtliches Vorgehen dann für notwendig, wenn sich Eheleute einander verlassen und mit leichtfertigen Personen im Ehebruch zusammenleben und dadurch öffentliches Ärgernis erregen; freilich erfolgt dieses Eingreifen weniger aus Rücksicht auf die Sittlichkeit der Ehe, als vielmehr aus polizeilichen Gesichtspunkten einer Störung der öffentlichen Ordnung, sie wird daher auch nur "nach Gebühr" bestraft.[1)]

Die Bigamie wird in der CCC vom Ehebruch nicht unterschieden, sondern ihm gleichgestellt (Art. 121) und schwerer beurteilt ("ist grösser dann das selbig laster"), so daß keine geringere Strafe als beim Ehebruch ausgesprochen werden durfte.[2)]

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß bei den Ehebruchsbestimmungen der CCC auf ein privates Racherecht an den Ehebrechern gar nicht eingegangen wird. Erwähnt wird es erst in Art. 150 unter den straflosen Tötungen, wonach der Verletzte, der den in flagranti überraschten Ehebrecher "umb unkeuscher werk willen" erschlägt, entschuldigt ist, "so er darynn ordenlicher wise gehandelt" hat.[3)] Zweifelhaft erscheint bei der CCC, ob die Tötung der ehebrecherischen Frau ebenfalls straflos bleibt oder nicht;[4)] vieles spricht aber für die Annahme eines bloßen Redaktionsversehens, so daß der treue Gatte wohl gegen beide vorgehen konnte.

---

1) Groß, aaO, S. 49; Ebenso RPO von 1548, tit. 25, § 2: "...solch öffentl.Ehebruch soll ernstlich an Leib und Gut, nach Gestalt und Gelegenheit der Personen und der Verwirkung gestraft werden")

2) Welsch, aaO, S. 53/54

3) Welsch, aaO, S. 55

4) Vgl. zum Streit: dafür: v.Wächter, Lehrbuch, § 214 Anm. 69; dagegen: Groß, aaO, S. 50/51

e) Die Partikulargesetzgebung

War bereits bei den Stadtrechten festzustellen, daß diese im einzelnen sehr stark voneinander abwichen, so öffnete die nicht sehr klare Regelung der CCC hinsichtlich ihrer Strafdrohungen einer mannigfaltigen Auslegung Tür und Tor, wobei nicht zuletzt die Aufnahme der salvatorischen Klausel einen Rechtszustand auf dem Gebiete des Strafrechts ermöglichte, wie man ihn sich "bunter, regelloser und widerspruchsvoller" nicht vorstellen kann.[1] Die Zweifel über die Auslegung der CCC und die von manchen Landesherren für zu streng gehaltenen Strafen brachten es mit sich, daß die Partikulargesetze nunmehr festere und bestimmte Regelungen aufstellen wollten mit der Folge, daß auf Grund der landesherrlichen Verschiedenheit ein völliges Durcheinander herrschte, das von Todes- über Gefängnis- bis zu einfachen Geld- und Polizeistrafen alle Variationen einer Ahndung aufweisen konnte. Statt der erstrebten Rechtseinheit brachte die CCC eine weitere völlig verschiedenartige Entwicklung, die sich jeweils nach den örtlichen Anschauungen richtete, so daß man in einem Gebiet das mit seinem Leben büßen mußte, wofür ein anderes Land lediglich eine geringe Geldstrafe verhängte. So ist es nicht verwunderlich, daß bald die Praxis versuchte, durch Regulative, insbesondere durch Aufstellung von Milderungsgründen, wieder eine etwas einheitlichere Regelung herbeizuführen. Bei der Vielzahl der Partikulargesetze kann im folgenden lediglich ein Überblick, keine umfassende Darstellung gegeben werden, der das Wesentliche in der Entwicklung der Strafvorschrift über den Ehebruch aufzeigen soll.

---

1) Hälschner, Gerichtssaal 22, 426 ff.

aa) Die einzelnen Regelungen

In Einklang mit der strengen gemeinrechtlichen Praxis wird von den Kursächsischen Konstitutionen[1] gegen die Schuldigen mit der Todesstrafe vorgegangen; dabei machte man keinen Unterschied zwischen der Untreue eines Ehemannes und einer Ehefrau, lediglich die unverheiratete Ehebrecherin kam mit Staupenschlägen und ewiger Landesverweisung davon.[2] Ausgehend von einer harten Beurteilung des Ehebruches ("daß diesem allgemein und noch täglich wider Gottes Gebot wachsendem Laster mit rechtem Eifer und Ernst zu wehren ist") überließ man die Ahndung dieses Delikts nicht dem Zufall, ob ein Antrag gestellt war oder nicht, sondern schritt von Amts wegen ein. Als einzigen Milderungsgrund kannte dieses sächsische Recht die Verzeihung, wozu erforderlich war, daß der unschuldige Ehegatte für den untreuen Teil eintrat, mit ihm weiter ehelich zusammenleben wollte, und sich bereiterklärte (da bei Anerkennung des Milderungsgrundes die Todesstrafe in lebenslängliche Landesverweisung umgewandelt wurde), ihm in die Verweisung zu folgen. Diese mildernde Wirkung besaß allerdings keine Geltung gegenüber dem mitschuldigen Dritten und wurde überhaupt nicht beim Doppelehebruch anerkannt, wo weiterhin die Todesstrafe verhängt und sogar die gemeinrechtliche fünfjährige Verjährungsfrist aufgehoben wurde.[3] Erst in den Decisiones von 1661 wird auch beim Doppelehebruch die Verzeihung dann berücksichtigt, wenn der Mann mit einer Frau verkehrte, die schon mehrmals

---

1) nämlich das ältere Churfürstlich Sächsische Recht von Churfürst Moritz aus dem Jahre 1543 sowie die Konstitutionen von Kurfürst August von Sachsen aus dem Jahre 1572 (näheres bei von Wächter, Abhandl., S. 133/134)

2) Groß, aaO, S. 52. Wie unsicher man über die zu verhängenden Strafen nach der CCC war, ergibt sich aus der Einleitung bei Churfürst Moritz (mitgeteilt von Hollesch, aaO, S. 51): "Obwohl kaiserliche Rechte Mann und Weib beim Ehebruch verschieden bestrafen ..."

3) v. Wächter, Abhandl., S. 134

vorher die Ehe gebrochen hatte.[1] Andere Partikulargesetze trafen die gleiche Regelung wie das sächsische Recht,[2] manche stimmten mit diesem nur beim Doppelehebruch überein, während sie beim einfachen Ehebruch mildere und für den ledigen Teil nochmals erleichterte Strafen kannten.[3]

Die bereits von den Stadtrechten her bekannte Unterscheidung der Strafen nach wiederholten Begehungen eines Ehebruches sind auch hier bekannt, so daß je nach der bei der erstmaligen Tat verhängten Strafe die Todesstrafe erst beim 1., 2. oder 3. Rückfall ausgesprochen wird, wobei diese teilweise auf lebenslängliche Landesverweisung gemildert war.[4] Ebenso kennen manche Gesetze von vornherein mildere Strafen, angefangen von der Landesverweisung über Gefängnisstrafen (bis zu 4 Wochen bei Wasser und Brot) und Ehrenstrafen (Pranger, Verlust gewisser Rechte) bis zu reinen Geldbußen,[5] teilweise werden sogar noch Kirchen- und Vermögensbußen ausgesprochen.[6]

Daneben werden einmal die Strafen nach dem Stand des Täters abgestuft,[7] was bei anderen Rechten ausdrücklich

---

1) Groß, aaO, S. 52

2) z.B.: Mecklenburgische Polizeiordnung von 1572
Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620
Magdeburgische Kirchen-, Polizey- und Prozeßordnung von 1652

3) z.B.: Halsgerichtsordnung von Joseph I. für Böhmen
Hamburger Statuten von 1608
Constitutio Criminalis Theresiana von 1768

4) z.B.: beim 1. Rückfall: Württembergisches Grundreskript von 1586
beim 2. Rückfall: Badisches Landrecht von 1710
beim 3. Rückfall: Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Tirol von 1573

5) z.B.: Churpfälzisches Landrecht von 1610
Badisches Landrecht von 1710
Culmbach'sche Verordnung über den Ehebruch v.1727
Hohenlohesches Landrecht von 1783

6) z.B.: Hildesheimer Polizeiordnung von 1665
Braunschweig-Lüneburger Verordnungen von 1640 und 1677

7) z.B.: Constitutio Criminalis Theresiana von 1768

verboten ist.[1] Schließlich findet sich in einigen Partikularrechten noch ein Verbot der Wiederverheiratung des wegen Ehebruches geschiedenen schuldigen Ehegatten.[2]

bb) Milderungsgründe:

Bei den meistens doch sehr strengen Strafen, deren Verhängung ganz besonders vom sächsischen Juristen Benedikt Carpzow (1595-1666) noch gefordert wurde, und der allgemein üblichen Offizialverfolgung ist es verständlich, daß die Praxis versuchte, die harten Gesetze zu beschränken oder sie durch das Aufstellen weiterer Erfordernisse zu umgehen. So erhob man nun einmal die "immissio seminis" zum Tatbestandsmerkmal mit der Folge, daß fast immer nur wegen Versuch und damit entsprechend milder gestraft werden konnte. Dem gleichen Zweck diente auch das von der Praxis erschwerte Beweisverfahren, das den unzweifelhaften Nachweis des Ehebruches verlangte, so daß man praktisch ein übereinstimmendes Geständnis der Schuldigen forderte oder andere unwiderlegliche Beweise wie etwa die Schwangerschaft einer Frau, deren Mann über ein Jahr abwesend war, oder den Vollzug des Beischlafes vor Zeugen. Bedeutung erlangte auch die Verzeihung des unschuldigen Ehegatten, die bei freiwilligem weiteren Verkehr stillschweigend angenommen wurde; ja, man ging sogar so weit, daß sie einfach unterstellt wurde, wenn der treue Teil vor der amtlichen Untersuchung des Falles starb oder in Geisteskrankheit verfiel.[3]

Das Hauptgewicht zur Vermeidung der strengen Strafen lag aber auf einem Katalog von Milderungsgründen, die speziell nur für das Delikt des Ehebruches anerkannt waren. Die

---

1) z.B.: Mecklenburgische Polizeyordnung von 1572

2) z.B.: Brandenburgische Visitations- und Consistorialordnung von 1573

3) von Wächter, Abhandl., S. 136-138

Aufzählung ist gleichzeitig ein gutes Beispiel dafür, daß man bereits zu dieser Zeit erkannte, welch verschiedene, menschlich oft verständliche Gründe für eine Untreue des Ehegatten in Betracht kommen können. So verdient die Berücksichtigung der Tatsachen, daß der unschuldige Gatte den anderen verlassen hatte oder längere Zeit abwesend war oder beide von Tisch und Bett getrennt waren oder an einer unheilbaren, ansteckenden bzw. ekelerregenden Krankheit litt oder dem Wahnsinn verfallen war, sicherlich genausoviel Verständnis wie der Umstand, daß er impotent war oder den Geschlechtsverkehr nicht ausüben konnte. Weniger leuchtet einem dagegen die angeblich geringere Schuld dann ein, wenn jemand mit einer schwangeren Ehefrau verkehrte - der Grund hierfür kann allein in einem Ausschluß der "turbatio sanguinis" liegen - oder wenn sich für den Täter eine, vielleicht sogar vom verletzten Teil verschuldete, günstige Gelegenheit bot. Selbst wenn man noch es für berechtigt hält, daß der Ehebruch eines Dienstmädchens mit ihrem verheirateten Herrn wegen des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses eine Sonderstellung einnimmt ebenso wie der Ehebruch, an dem auf einer Seite ein Partner noch minderjährig ist, so wird es doch willkürlich, wenn man den Ehebruch eines Unverheirateten mit einer Ehefrau deswegen gelinder beurteilt, weil er sich inzwischen verheiratete und mit jener das ehebrecherische Verhältnis weiter fortsetzte. Nicht mehr in Einklang zu bringen mit dem Gesetz und einer gerechten Aburteilung ist es aber, wenn bei erheblichem Altersunterschied der Ehegatten der untreue Partner milder bestraft wird, weil er der jüngere Teil ist oder sich nur widerwillig zu einer Heirat bereiterklärt hatte oder Haß gegen seinen Ehegatten empfindet. Geradezu grotesk wird es aber, wenn der ehebrecherische Mann strafrechtlich bevorzugt wird, wenn seine Partnerin hübsch,

benachteiligt, wenn sie häßlich ist.[1)]

So sehr diese Gründe auch teilweise ein Kennzeichen der allgemeinen Strafrechtsentwicklung jener Zeit sein mochten und Ausdruck einer neuzeitlichen Tendenz waren und so sehr sie zum Teil mit Rücksicht auf die Humanität und die menschliche Schwäche gerechtfertigt erschienen, wurde im Ergebnis dadurch die willkürliche Bestrafung des Ehebruches nur noch verschlimmert, so daß die in Deutschland an sich schon verworrene Lage auf diesem Strafrechtsgebiet noch mehr durcheinander geriet, eine Folge der völligen Loslösung des praktischen Gerichtsgebrauches vom bestehenden Gesetz.

3) Die Landesgesetzgebung bis zum Reichsstrafrecht

a) Zur Zeit des Allgemeinen Landrechts

Mitte des 18. Jahrhunderts machte sich eine neue geistige Strömung breit, die nicht ohne Einfluß auf das Strafrecht blieb. Mit der Aufklärungszeit führten die Lehren der naturrechtlichen Schulen gerade bei den Strafen und dem Strafzweck zu einer Umwandlung aus Gründen der Humanität, so daß die bereits bestehende Tendenz zu milderen Strafen durch die Aufklärung nur noch verstärkt wurde. Dazu kam, daß das Naturrecht die Ehe rein "natürlich" ohne jeglichen idealen Grundgedanken ansah. In einer Opposition zu jeder vergeistigten Betrachtungsweise betonte man allein den Fortpflanzungsgedanken und erblickte in der Ehe nichts weiter als einen hierzu abgeschlossenen Vertrag, so daß

1) Vgl. die Angabe der Milderungsgründe bei von Wächter, Abhandl., S. 139/140, sowie bei Groß, aaO, S. 55/56 und vor allem bei Feuerbach, Lehrbuch, aaO, S. 381, der die Gründe unterteilt und sie einmal (I.) auf die erhöhte Schwäche der menschlichen Natur zurückführt und zum anderen (II.) sie durch die Ehe oder den verletzten Teil veranlaßt sieht.

im Ehebruch lediglich eine Vertragsverletzung gesehen wurde, die kaum einer strafrechtlichen Ahndung bedarf. "Durch den Ehevertrag als zweiseitigen, eine gleiche Gesellschaft begründenden Vertrag erwarben sich beide Teile das Recht auf den ausschließlichen naturgemäßen Gebrauch der Geschlechtsteile. Dieses Recht heißt das Recht auf eheliche Treue und die Verletzung derselben durch Beischlaf Ehebruch."[1] Konsequent durchgeführt bedeutet diese Ansicht für das Delikt des Ehebruches, daß einmal dem Staat das Recht abgestritten wurde, bei Verletzung der Ehe strafrechtlich einzugreifen, da eine Vertragsverletzung nur privatrechtlich zu verfolgen sei und entweder Vertragsauflösung oder Schadensersatz zur Folge habe; zum anderen muß bei einer Charakterisierung als Vertragsverletzung der außerhalb stehende Dritte straffrei bleiben, da er ja in keiner Weise in den Vertrag miteinbezogen ist.

Bei dieser einseitigen Anschauung, die bei der Ehe oberflächlich allein auf den Fortpflanzungstrieb abstellt, sie so zu einem "Züchtungsinstitut" degradiert und das sittliche Moment völlig außer Acht läßt, darf es nicht verwundern, daß ihre Lehren nicht durchdringen konnten, wenngleich sie aber wenigstens mit dazu beitrug, daß das Ehebruchsdelikt nunmehr wesentlich milder bestraft wurde. Nicht zuletzt auf ihren Einfluß hin wurde in dieser Zeit die Todesstrafe für den Ehebruch endgültig beseitigt,[2] so daß damit der in der Praxis bereits vorherrschende Zustand legalisiert wurde. Mit dieser Umgestaltung der bisherigen Strafrechtsanschauungen begann in den einzelnen Staaten eine neue gesetzgeberische Tätigkeit, die das gemeine deutsche Strafrecht ablöste, das damit seinen Untergang gefunden hatte.

---

1) So die Definition im Lehrbuch von Anselm Feuerbach, aaO, § 373.

2) Zuletzt in Sachsen durch die "Ferner weiten Instruktion" (§7) von Friedrich August im Jahre 1783 (statt Todesstrafe 4 Jahre Zuchthaus).

Den Übergang vom bisherigen zum neuen eigenständigen Recht bildet das Allgemeine Landrecht für Preußen,[1] das als erstes Gesetz den veränderten Rechtsanschauungen und der Gerichtspraxis Rechnung trug und eine Neuregelung durchführte, wobei sich in manchen Bestimmungen noch Gedanken der Aufklärung widerspiegeln. Das zeigt sich bereits einmal beim Täterkreis, wo zwar weiterhin Ehebruch - eingereiht unter den "fleischlichen Verbrechen" -[2] als außerehelicher Beischlaf eines Ehegatten angesehen wird, wo jedoch die unverheirateten Mitschuldigen straflos blieben, weil sie nicht den Ehevertrag verletzen. Auch die Ungleichbehandlung vom Mann und Frau beim einfachen Ehebruch ist wohl auf naturrechtliche Lehren zurückzuführen, die die Tat der Ehefrau wegen der Gefahr der suppositio partus als gefährlicher ansahen. So fehlte es bei der Tat des Mannes an einer bestimmten Strafe, er wurde willkürlich mit arbiträrem Gefängnis bestraft, während die Frau mit einer Gefängnis- oder Zuchthausstrafe von 3-6 Monaten rechnen mußte. Bei einem Doppelehebruch war die Strafe (Gefängnis oder Zuchthaus) auf ½ - 1 Jahr erhöht. Die bedeutsamste Neuerung bestand jedoch darin, daß zwar die Ahndung des Ehebruches im Amtsverfahren erfolgte, dieses aber nur eingeleitet werden konnte, wenn vorher die Ehe geschieden und ein Antrag des verletzten Teils auf Bestrafung vorgelegt wurde. Damit wird erstmals die Bestrafung vom Erfordernis der vorherigen Ehescheidung abhängig gemacht; während bisher der Ehebruch höchstens als Ehescheidungsgrund bzw. als Grund für eine Trennung der ehelichen Gemeinschaft zivilrechtlich Bedeutung hatte, beruhte nun erstmals die strafrechtliche Aburteilung auf der privatrechtlichen Trennung der Ehe. Der hierfür zugrundeliegende Gedanke, nach Möglichkeit nicht von Amts wegen in bestehende Ehen einzugreifen, zeigt, daß gegenüber der oberflächlichen naturrechtlichen Betrachtungs-

---

1) Erlassen am 1. Juni 1794 von Friedrich dem Großen
2) Teil II Titel 20 §§ 1062 - 1064

weise hinsichtlich der Ehe nun wieder eine tiefere und vielseitigere Anschauung Platz gewinnt, die der Ehe eine wichtige Stellung innerhalb des Staates zukommen läßt.

Schließlich kannte das allgemeine Landrecht bei einem Ehebruch auch noch gewisse "Privationsstrafen" (§ 1061) in Gestalt von vermögensrechtlichen Beeinträchtigungen (z.B. Recht des unschuldigen Teils auf Rückforderung von gemachten Geschenken), die freilich weniger als Strafen angesehen wurden.[1] Demnach ist diese komplexe Behandlung ein Beweis für die Erkenntnis, daß der Ehebruch nicht nur strafrechtlich, sondern auch zivilrechtlich geahndet werden kann.

b) Die Landesstrafgesetze des 19. Jahrhunderts

Dem Beispiel Preußens folgend entwickelte sich nun auch in den übrigen deutschen Einzelstaaten eine rege Landesgesetzgebungstätigkeit, die der neueren Entwicklung Rechnung trug und im Großen und Ganzen der milden Praxis folgte, wobei sich die meisten Rechtsbücher einander ähnlich waren, so daß sich die Darstellung auf das Wesentliche beschränken kann.

Unter Aufgabe der naturrechtlichen Lehren gehen fast alle Strafgesetzbücher davon aus, daß der Ehebruch mehr ist als eine bloße Vertragsverletzung, da er mit der Ehe eine notwendige, sittlich anerkannte und vom Recht zu schützende Institution angreift und dabei gleichzeitig das sich aus dieser Institution ergebende Treuerecht des Ehegatten verletzt. Einzige Ausnahme ist das bayerische StGB,[2] das den Ehebruch als Vertragsverletzung ansieht und ihn unter die "Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue" einreiht (gleichbedeutend mit der Untreue von Verwaltern,

1) Lucas, aaO, S. 86/87

2) von 1813, deren Verfasser Anselm Feuerbach ist; ebenso das darauf beruhende Bayer. StGB von 1831 in Art. 237

Geschäftsführern u.a.) mit der Folge, daß nach diesem Recht die außenstehende ledige Person straflos bleibt. In allen anderen Landesgesetzen kommen aber als Täter sowohl der verheiratete wie der ledige Teil in Frage, wobei höchstens hinsichtlich des Strafmaßes, das sich durch allgemeine Milde auszeichnet und selten mehr als 1 Jahr Gefängnis beträgt, gewisse Unterschiede festzustellen sind. So kennen nur wenige Staaten eine gleiche Bestrafung für beide Ehegatten,[1] während der größte Teil auf jeden Fall den unverehelichten Täter milder bestraft;[2] meistens wird auch die Tat des Ehemannes als weniger schwer angesehen und deshalb ebenfalls geringer geahndet.[3] Einheitlich ist ebenfalls die Behandlung des Doppelehebruches, der überall strafschärfend ins Gewicht fällt,[4] was teilweise auch für den Rückfall gilt.[5]

---

1) Z.B.: Kgl. Sächsisches Kriminalgesetzbuch von 1838 (Art. 212-215)
StGB für das Großherzogtum Hessen von 1841 (Art. 326-328)
Kriminalgesetzbuch für das Fürstentum Lippe(-Detmold) von 1843 (§ 188)

2) z.B.: Kgl. Sächsisches Kriminalgesetzbuch, aaO,
StGB für das Königreich Württemberg von 1839 (Art. 305/306)
Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover von 1840 (Art. 257)
StGB für das Großherzogtum Hessen, aaO,
StGB für das Großherzogtum Baden von 1845 (§§ 348-353)

3) z.B.: Bayerisches StGB von 1813 und 1831, aaO,
StGB für das Königreich Württemberg, aaO. (Hierbei ist aber zu beachten, daß dann, wenn der Ehemann den Ehebruch in seiner Wohnung begeht, diesen die gleiche Strafe trifft wie seine Ehefrau im Falle eines solchen Vergehens).
Kriminalgesetzbuch für Hannover, aaO.

4) z.B.: Bayerisches StGB, aaO,
Sächsisches Kriminalgesetzbuch, aaO,
Kriminalgesetzbuch für Hannover, aaO,
StGB für Hessen, aaO

5) z.B.: StGB für Württemberg, aaO.

Ein Eingreifen des Staates erfolgt in aller Regel nur, wenn ein entsprechender Antrag des verletzten Ehegatten vorliegt; dabei wird allgemein eine etwa vorliegende ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung nicht als Rechtfertigungsgrund der Tat betrachtet, sie hat vielmehr den Verlust der Klage bzw. des Antragsrechts zur Folge.[1] Daneben finden sich aber auch einige Besonderheiten. So macht ein Land[2] die Bestrafung nicht vom Antrag, sondern vielmehr von der vorausgegangenen Scheidung abhängig, während ein anderes[3] dem verletzten Ehegatten ein Wahlrecht einräumt, ob er die Verfolgung durch seinen Antrag, den er bei einer Aussöhnung sowohl vor wie auch noch nach der Verurteilung - hier allerdings nur mit Wirkung gegenüber seinem Ehegatten, nicht mehr gegenüber dem anderen mitschuldigen Teil - zurücknehmen kann, oder auf Grund einer Scheidungsklage in Gang bringen will, von der er ebenfalls wieder absehen kann. Andere Landsgesetze sehen ein Einschreiten von Amts wegen dann vor, wenn der Ehebruch öffentliches Ärgernis erregt hat, etwa wenn ein Ehemann mit der Ehebrecherin im Konkubinat zusammenlebt oder bei öffentlicher Hurerei der Frau.[4]

Eine reine Amtsverfolgung des Ehebruches findet nur in einem Staat statt,[5] doch muß vorher wegen dieses Ehebruches die Scheidung ausgesprochen sein, dann allerdings schreitet der Staat ohne weiteres ein. Dieses Erfordernis besitzt auch beim Doppelehebruch Geltung, so daß nur der Teil, dessen Ehe wegen Ehebruches geschieden ist, bestraft

---

1) z.B.: Bayerisches StGB, aaO
Sächsisches Kriminalgesetzbuch, aaO
StGB für Württemberg
Kriminalgesetzbuch für Hannover

2) Kriminalgesetzbuch für Lippe(-Detmold)

3) StGB für Baden

4) StGB für Württemberg
Kriminalgesetzbuch für Hannover

5) Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig von 1840 (§§ 188, 189)

werden kann. In diesem Fall tritt das sonderbare Ergebnis ein, daß trotz genereller Strafbarkeit aller am Ehebruch Beteiligten der verheiratete Ehebrecher dann straflos ausgehen kann, wenn sich seine Ehefrau weigert, sich von ihm scheiden zu lassen.

Die Strafen selbst bewegten sich in der Höhe von mindestens 2 Wochen bis zu 6 Monaten Gefängnis, die beim Doppelehebruch noch verschärft werden konnten.[1)]

c) Der Vorläufer des Reichsstrafgesetzbuches

Den Schlußstrich unter die Entwicklung[2)] der einzelnen Landesstrafgesetze bildete das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten (preuß. StGB) von 1851, dem interessante Vorentwürfe vorausgingen, die viel modernes Verständnis für die Behandlung des Ehebruches zeigten und deshalb, soweit einschlägig, hier erwähnt werden sollen.[3)] In der Erkenntnis, daß einerseits der Ehebruch schwer unter die richtigen strafwürdigen Verbrechen einzureihen ist, daß aber andererseits eine Bestrafung gerechtfertigt

---

1) z.B.: Bayern: Mann bis zu 3 Monaten, Frau bis zu 6 Monaten.
Hannover: Mann: 2 Wochen - 1 Monat, Frau: 3 Monate, Ledige: jeweils die Hälfte
Württemberg: Mann: 2-6 Wochen (Rückfall 3 Monate), Frau: 4-6 Wochen (Rückfall 6 Monate)

2) Von den anderen Ländern sind nach dem preußischen StGB von 1851 nur noch zwei Landesstrafgesetze von Bedeutung. So schließt sich das bayerische StGB von 1861 (Art. 218/219) unter Aufgabe der Vertragstheorie der allgemeinen Auffassung an, daß auch die unverehelichte Person zu bestrafen ist, wobei sie sowie der Ehemann weniger streng behandelt werden. Entsprechend der neueren Entwicklung ist auch hier neben dem Antrag noch die Ehescheidung für eine Verurteilung notwendig, wobei der Antrag erst nach rechtskräftiger Ehescheidung gestellt werden kann. Völlig aus dem Rahmen fällt die Hamburger Kriminalgerichtsordnung von 1869, die mit allen Überlieferungen bricht und den Ehebruch aus dem Kreis der strafbaren Handlungen völlig herausnimmt und straflos läßt.

3) Mitgeteilt von Rehbein, aaO, S. 53/54

sein kann, verzichtet man zwar nicht ganz auf eine strafrechtliche Ahndung, überließ aber diese dem Zivilrichter: "Gegen den schuldigen Ehegatten soll die Strafe zugleich in dem Erkenntnisse über die Scheidung oder die Trennung (erg.: von Tisch und Bett) durch den Eherichter von Amts wegen ausgesprochen werden."[1] Im Falle einer Scheidung oder Trennung unterstellte man einfach auch den Wunsch des Verletzten auf strafrechtliche Verfolgung seines ehebrecherischen Gatten und ließ diese ohne weiteres eintreten. Das mag wohl der Grund gewesen sein, daß man im nächsten Entwurf[2] mit Rücksicht auf den verletzten Eheteil auch die Bestrafung ihm anheimstellte, in dem zum obigen Satz die Einschränkung gemacht wurde: "..., sofern nicht der unschuldige Ehegatte die Nichtbestrafung ausdrücklich beantragt, in welchem Fall jedes Strafverfahren, auch gegen den Mitschuldigen, wegfällt."

Unmittelbares Vorbild des späteren Reichsstrafgesetzbuches wurde aber dann die endgültige Fassung, die im Art. 140 niedergelegt war, der im XII. Titel unter den Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit eingereiht war. Dieser lautete:

> (I) Der Ehebruch wird, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis von 4 Wochen bis zu 6 Monaten bestraft.
>
> (II) Die Bestrafung des Ehebruches bleibt ausgeschlossen, wenn der unschuldige Ehegatte im Laufe des Ehescheidungsprozesses oder bis zur Abfassung des Straferkenntnisses die Nichtbestrafung ausdrücklich beantragt, in welchem Fall das Strafverfahren auch gegen die Mitschuldigen wegfällt."

---

1) So der 6. Entwurf aus dem Jahre 1843 im § 978
2) So der 7. Entwurf aus dem Jahre 1845 im § 168

Damit ist endgültig jede unterschiedliche Behandlung der Ehebrecher weggefallen, die Behandlung des Ehebruchsdeliktes wurde vereinfacht und vereinheitlicht.

Mit der Gründung des Norddeutschen Bundes im Jahre 1867 und der Vormachtstellung Preußens und der damit verbundenen politischen Vereinheitlichung entstanden auch bald Bestrebungen nach einem einheitlichen deutschen StGB, die sich in Entwürfen zu einem "StGB für den Norddeutschen Bund" niederschlugen, das sich an das preußische StGB anlehnte. Im 1. Entwurf[1] wurde die in Art. 140 I preuß. StGB enthaltene Mindeststrafe von 4 Wochen weggelassen und das negative Antragserfordernis durch die positive Regelung ersetzt. Der 3. Entwurf[2] läßt dieses wieder weg und lautet fast wörtlich gleich wie Art. 140 preuß. StGB. Schließlich führt die Reichstagskommission zur Vorbereitung des Entwurfes das Antragserfordernis wieder ein und bestimmt in § 170 II: "Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein."

In dieser Fassung wird das Ehebruchsdelikt als § 172 in das am 31. Mai 1870 ausgefertigte, am 8. Juni 1870 veröffentlichte und am 1. Januar 1871 wirksam gewordene "StGB für den Norddeutschen Bund" aufgenommen, das dann infolge der Gründung des Deutschen Reiches in das "StGB für das Deutsche Reich" - kurz RStGB - umgewandelt wurde.

---

1) vom 31. Juli 1869 im § 149 (vgl. Wortlaut bei Bock, aaO, S. 37)

2) vom 14. Februar 1870 im § 170 (vgl. Wortlaut bei Bock, aaO, S. 37)

2. Teil: Darstellung des bisher geltenden Rechtes[1)]

I) Die Frage nach dem Schutzobjekt des Ehebruches

1) Geschütztes Rechtsgut

An erster Stelle bei der Behandlung eines jeden Deliktes ist die Frage nach dem geschützten Rechtsgut, auch Schutzobjekt genannt, zu stellen, da ohne dessen Bestimmung eine Einordnung in das Strafrechtssystem nicht erfolgen kann. Denn Aufgabe des Strafrechts ist es, besonders schwere Störungen des allgemeinen friedlichen Zusammenlebens zu unterbinden, wobei durch diese Handlungen Interessen verletzt werden müssen, die nach der allgemeinen Überzeugung der Gemeinschaft bzw. ihrer maßgebenden Schichten ganz besonders schutzwürdig und schutzbedürftig sind.[2)] Weil nun aber das Strafrecht auf Grund seiner harten Rechtsfolgen den einschneidensten Eingriff des Staates in die Sphäre seiner Bürger bedeutet, muß sich das Strafrecht auf den Schutz nur der wichtigsten Werte oder Interessen sowohl der Gesamtheit wie des Einzelnen beschränken.[3)] Deshalb ist unter dem Rechtsgut "nicht das allgemeine Staatsinteresse zu verstehen, sondern das besondere Gut, das der Gesetzgeber zum Gegenstande seines Schutzes gemacht hat, weil ihm nach seiner Auffassung eine erhöhte Bedeutung für das Staatswohl zukommt."[4)] Die-

---

1) Das Schwergewicht dieser Darstellung liegt bei der Berücksichtigung der neueren Lehre, insbesondere nach 1945, da für den Zeitraum vorher bereits erschöpfende Abhandlungen vorlagen. Eine Berücksichtigung der älteren Lehre erfolgt daher nur insoweit, als es zur Aufzeigung des Streitgegenstandes notwendig ist.

2) Maurach, AT, S. 179

3) Baumann, AT, 2. Auflage, S. 8 und 4. Auflage, S. 121

4) so RGSt 59, 99

se Ermittlung des Rechtsgutes und damit die Bestimmung des im Delikt enthaltenen Angriffes ist allerdings nicht immer eindeutig und klar, weil sich dabei oft ganz erhebliche Meinungsverschiedenheiten über den eigentlichen Zweck der Strafbestimmung zeigen.[1] Dennoch kann auf eine Klärung nicht verzichtet werden, da nur durch eine Feststellung des Schutzobjektes die Voraussetzung dafür geschaffen werden kann, das Gesetz und hier speziell die Vorschrift über den Ehebruch sinngerecht auszulegen und anzuwenden.

Gerade bei § 172 StGB wird sich zeigen, daß viele Streitfragen in ihrer Entscheidung von der Stellung zum Rechtsgut wesentlich abhängen. Die Stellungnahme zum Schutzobjekt ist auch entscheidend für die Auseinandersetzung um die Beibehaltung oder Abschaffung dieser Vorschrift gewesen, doch soll darauf erst in der Schlußbetrachtung eingegangen werden.

2) Die verschiedenen Theorien

Es ist verständlich, daß das oben verlangte, von der gesamten staatlichen Gemeinschaft anerkannte und besonders wichtige Interesse, niemals konstant und abstrakt gesehen werden kann, sondern daß es immer von der Gesellschaftsstruktur wie auch von den wechselnden Zeitströmungen abhängig ist.[2] Aus diesem Grunde darf es nicht verwundern, daß gerade bei einem so vielschichtigen und daher schwer zu beurteilenden Delikt wie dem Ehebruch der Unwert der Handlung unter den verschiedensten Gesichtspunkten betrachtet wird, was nicht zuletzt von der Bedeutung beeinflußt wird, die man der Ehe und Familie im Rahmen des staatlichen Zusammenlebens beimißt. Denn, selbst wenn man die Ehe und Familie als Grundlage jeder kultivierten

1) Mezger-Blei, AT, S. 116
2) Maurach, AT, S. 180

Staatsverfassung ansieht, ist damit noch keine Entscheidung darüber getroffen, mit welcher Intensität der Staat deren Interessen zu schützen hat, zumal es zweifelhaft sein kann, ob der Staat hierfür überhaupt zuständig ist und ob er - bejahendenfalls - mit einer umfassenden Regelung oder mit einer weitgehenden Zurückhaltung den besten sozialen Effekt erreichen kann. Um diese Fragen geht es bei der Lösung des Problemes, welches Interesse bei der Begehung eines Ehebruches verletzt wird.

a) Der Ehebruch als ein Sittlichkeitsverbrechen

Bis zur Reform von 1943[1] reihte das StGB selbst den Ehebruch unter die Sittlichkeitsverbrechen ein, was dann auch von einigen Autoren als gerechtfertigt angesehen wurde.[2] Demnach soll der Ehebruch deswegen bestraft werden, weil die geschlechtliche Begierde hier in eine bestimmte Richtung geht, die der Sittlichkeit widerspricht, welche eine naturgemäße Befriedigung nur in einer gültigen Ehe und nur gegenüber dem Ehegatten kennt und zuläßt; das Strafwürdige des Delikts wird also in der Nichtbeherrschung der Geschlechtslust gesehen, beim Ehebruch überwiegt der reine Triebcharakter. Gegen diese Ansicht hat sich aber schon vor der Änderung von 1943 die ganz einhellige Meinung gewendet und die Einreihung als gesetzlichen Fehlgriff beurteilt, der dieses Delikt gewaltsam dieser Gruppe unterordnen wollte. Denn charakteristisch für die Sittlichkeitsdelikte ist, daß deren Handlungen an das sexuelle Moment anknüpfen und durch Überschreitung der sexualethischen Grenzen eine Beziehung zum sexualethisch Unerlaubten gewinnen; mißbilligt werden

1) Verordnung zur Durchführung der Verordnung zum Schutze von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 18.3.1943 (RGBl. I S. 169)

2) Villnow (GA 30, 109 und 126); Mittermaier, VDB, aaO, S. 91/92; Sauer, BT, S. 548 und 591

also gewisse Formen sexueller Betätigung.[1] Wollte man den Ehebruch als rein geschlechtlichen Verstoß ansehen, so würde dies bedeuten, daß der Staat damit jeden außerehelichen Beischlaf bestrafen will, obgleich dieser im vollen Einvernehmen der beiden Partner vollzogen wurde und insoweit weder in die Sexualfreiheit eines Beteiligten eingreift noch einen Teil mißbraucht noch durch eine Abartigkeit gekennzeichnet ist. Betrachtet man den Ehebruch rein vom Sexuellen, so ließe sich eine Bestrafung nur aus dem Gedanken rechtfertigen, daß der Staat damit jeden Bürger zu einem geordneten Geschlechtsleben erziehen will, ihm also die rechte Moral und Sittlichkeit lehren möchte,[2] was sicherlich mit dem grundgesetzlich gewährleisteten Freiheitsrecht des Menschen (Art. 2 GG) unvereinbar wäre.

Ganz abgesehen davon, daß es dann völlig unverständlich wäre, warum der Staat bei einer Verletzung des Rechtes auf ausschließlichen ehelichen Geschlechtsverkehr sein Eingreifen noch von weiteren Voraussetzungen (Scheidung und Antrag) abhängig macht, erscheint diese Ansicht zu einseitig, fast zu primitiv, da sie einfach den komplexen Tatbestand einer Ehe nur unter einem einzigen - nämlich dem rein geschlechtlichen - Gesichtspunkt betrachtet. Eine solche Auffassung wird aber in keiner Weise dem Wesen der Ehe gerecht und kann daher zur Bestimmung des geschützten Rechtsgutes beim Ehebruch nicht herangezogen werden.

b) § 172 StGB als Verletzung der ehelichen Treuepflicht

In der Erkenntnis, daß die Ehe mehr ist als eine bloße Geschlechtsgemeinschaft, daß sie vielmehr eine erhebliche Be

1) Maurach, BT, S. 425; Schönke-Schröder, Vorbem. vor § 173, Anm. 1.

2) So anscheinend Niethammer, aaO, S. 103

deutung für das Familienleben besitzt, indem sie den besten Platz für die Erzeugung und Versorgung der Nachkommenschaft darstellt, und daß sie damit als kleinstes soziologisches Gebilde auch eine der Grundlagen des Staates ist, ging man nunmehr davon aus, daß der Staat selbst ein Interesse an der Ehe hat. Dies leitete man vor allem daraus ab, daß der Staat diese ursprünglich rein private Bindung überwacht, etwa durch den notwendigen Abschluß der Ehe vor einer staatlichen Behörde, und daß nur er eine Trennung dieser Gemeinschaft bei Vorliegen gewisser schwerer Gründe zuläßt, dort, wo eine Fortsetzung der Ehe einfach keinem Teil mehr zugemutet werden kann. Es wurde jetzt also auch das Sittliche in einer Ehe gesehen, die für die Ehegatten neben der geschlechtlichen Vereinigung hauptsächlich das gegenseitige Ineinanderaufgehen mit sich brachte, mit der Folge, daß damit ein gegenseitiges Vertrauen und eine Gemeinsamkeit vorausgesetzt war, die letztlich die bedingungslose Hingabe an den anderen Teil als Ergänzung seiner eigenen Person bedeutete. Aus dem Recht auf ausschließliche Geschlechtlichkeit unter den Ehegatten wurde nunmehr ein materieller ehelicher Treueanspruch, der jedem Gatten gegenüber seinem Partner zustand. Danach konnte es natürlich keine stärkere Verletzung dieses Treuerechts geben, als wenn ein Teil seine Ehe durch außerehelichen Beischlaf brach. Insbesondere aus einem Vergleich mit der zivilrechtlichen Regelung, die bei Ehebruch einen solch schweren Verstoß gegenüber dem unschuldigen Gatten sieht, daß sie ihm das Recht zur Scheidung einräumt (vgl. heute § 42 Abs. 1 EheG), wurde der Schluß gezogen, daß der Staat auch im Strafrecht dieses persönliche Interesse des Ehegatten an der ehelichen Treue schützen will, daß also beim Ehebruch als Rechtsgut das materielle Recht des Ehegatten auf eheliche Treue verletzt

wird.[1] Dabei berief man sich auch auf die Ausgestaltung des Delikts im Strafrecht, die entscheidend für das Schutzobjekt der ehelichen Treue sprechen soll. Aus der Tatsache des § 172 StGB als eines Antragsdeliktes entnahm man ein geringes Interesse des Staates an der Verfolgung dieser Tat, da er sein Einschreiten ganz in das Belieben des verletzten Teiles stellte. Weil nun die Bestrafung außerdem noch von der Scheidung abhängig gemacht wurde, deren Klageerhebung ebenfalls im freien Willen des Unschuldigen lag, dem Staat also keine Möglichkeit einer Verfolgung gegeben war, zu der nicht der verletzte Ehegatte seine Zustimmung (durch Erhebung des Strafantrages nach vorausgegangener Scheidung) gegeben hätte, kann nach dieser Ansicht im Ehebruch lediglich ein Verstoß gegen die eheliche Treuepflicht liegen. Würde nämlich der Staat sich selbst angegriffen sehen, so wäre es unverständlich, wenn er dann nicht - zumindest nach erfolgter Ehescheidung - von Amts wegen gegen die Ehebrecher vorginge.

Gegen dieses scheinbar schlüssige Vorbringen lassen sich jedoch gewichtige Einwendungen erheben. So erscheint einmal bereits der Ausgangspunkt verfehlt: mag auch der Staat auf dem Gebiete des Privatrechts das persönliche Interesse des Einzelnen in den Vordergrund stellen, was im bürgerlichen Eherecht etwa zur Folge hat, daß eine Zustimmung zum Ehebruch oder dessen Verzeihung jedes Scheidungsrecht ausschließt (vgl. § 42 Abs. 2 und § 49 EheG), so bedeutet die Aufnahme eines Tatbestandes in das Strafrecht doch, daß dieser sich gegen die Lebensinteressen der Gemeinschaft richten muß, so daß eine Gleichstellung der Motive für eine Regelung im Zivilrecht mit der im Strafrecht ab-

---

1) So insbesondere die ältere Lehre, vgl. etwa: Binding, aaO, I, S. 220; Olshausen, aaO, II, S. 698; Meyer-Allfeld, aaO, S. 471.
Von den neueren nur: Nagler in LK, aaO, 7.Auflage § 172 Am 1 und Dreher-Maassen, § 172 Am. 3.
Denselben Standpunkt vertreten z.B. die Dissertationen von Mainzer, aaO, S. 23 und Metz, aaO, S. 25 sowie von Peters, aaO, S. 21.

zulehnen ist. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht nämlich, daß der Staat die Scheidung deswegen zuläßt, weil für ihn an der Aufrechterhaltung einer so geschädigten und ungesunden Ehe kein Interesse mehr besteht, so daß er im Privatrecht dem Willen des Verletzten insoweit nachkommt; im Strafrecht motiviert sich das Vorgehen des Staates gegen die Ehebrecher aus dem Verlangen, diejenigen zur Verantwortung zu ziehen, die den Untergang dieser Ehe verschuldeten. Deshalb ist das Scheidungserfordernis gerade ein Argument gegen die Annahme eines lediglich persönlichen Rechtes als Schutzobjekt, indem man es auch als einen Schutz gegen einen - vielleicht voreilig im Affekt - gestellten Strafantrag des Betroffenen betrachten kann; denn darin zeigt sich die Tendenz des Staates, unter keinen Umständen in den Fortbestand einer Ehe einzugreifen, solange die Partner - was immer auch im einzelnen alles vorgekommen sein mag - noch miteinander auskommen und die Möglichkeit einer Heilung der Verletzung durch eine Aussöhnung besteht. Das Scheidungserfordernis berücksichtigt also weniger die persönliche Verletzung als den staatlichen Wunsch nach Weiterbestehen einer Ehe, denn die Eheordnung und damit die Ehe als staatliche Einrichtung ist erst mit der endgültigen Lösung des Ehebundes angegriffen, obgleich die persönliche Treueverletzung gegenüber dem unschuldigen Teil schon vor dieser Trennung gegeben ist. Mag eine Ehe in ihrem Innern noch so zerrüttet sein, der Staat greift strafend erst ein, wenn der Ehebruch die Ehe als staatlich geschützte Einrichtung völlig zerstört hat.

Gleiche Bedenken ergeben sich auch gegen eine Berufung auf die Antragsvoraussetzung. Ein Antragsdelikt liegt nämlich nicht nur dann vor, wenn ein privates Recht verletzt ist und dies nur bestraft werden soll, wo der Betroffene es als Verletzung empfindet; ein Antrag ist auch dort erforderlich, wo zwar der Staat ein berechtigtes Interesse an der Strafverfolgung hat, dieses aber mit Rücksicht auf ein gleichfalls gegebenes Interesse des Verletzten an der

Nichtausführung einer strafrechtlichen Ahndung zurücktreten muß. Im letzten Falle bedeutet der Antrag keine Bejahung einer Privatrechtsverletzung, sondern nur Rücksichtnahme auf den unschuldigen Ehegatten und auf die Familie, also vor allem auf die Kinder. Daß dieser Grund auch bei der Regelung des § 172 StGB maßgebend war, läßt sich daraus entnehmen, daß der Gesetzgeber eine Zurücknahme des Antrages beim Ehebruch nicht mehr zugelassen hat (vgl. §§ 64, 172 Abs. 2 StGB). Wollte der Staat wirklich nur das persönliche Treuerecht geschützt wissen, wäre dieser Ausschluß des Rücknahmerechtes völlig unverständlich und unberechtigt.

Es gibt aber auch bestimmte Gründe, die direkt gegen die Treuepflichtverletzungstheorie sprechen. Das ist einmal die gesetzliche Systematik: wäre nur das private Recht eines Ehegatten auf eheliche Treue geschützt, müßte es genügen, ihn allein auf die zivilrechtlichen Folgen zu verweisen mit den dort festgesetzten Nachteilen für den schuldigen Ehegatten, denn die eheliche Treue allein ist letzlich etwas, was seinem Wesen nach für eine strafrechtliche Verfolgung nicht geeignet ist. Eine Bestrafung wäre deshalb hier nur unter dem Blickwinkel einer Beleidigung des anderen Teiles als des äußeren sichtbaren Verhaltens möglich, so daß die systematische Stellung im StGB, die den Ehebruch nicht unter die Beleidigungen, sondern unter die Straftaten gegen die Ehe und Familie einreiht, bereits gegen diese Ansicht des geschützten Treuerechts angeführt werden kann. Das entscheidende Gegenargument besteht aber in der Behandlung des mitschuldigen Dritten im § 172 StGB.

Wer eine Verletzung des persönlichen Treuerechts des Ehegatten annimmt, kann nicht erklären, warum im Gesetz der Dritte genauso wie der ehebrecherische verheiratete Teil als Täter behandelt wird, der doch zu einer Treuepflichtverletzung nur als Teilnehmer, also in aller Regel als

milder bestrafter Gehilfe, in Betracht kommen könnte. Die Gleichstellung des außerhalb der Ehe stehenden Dritten ist der Beweis dafür, daß durch den Ehebruch - zumindest nicht nur - das eheliche Treuerecht nicht allein als geschütztes Rechtsgut anzusehen ist.

c) Die staatliche Institution der Ehe als Schutzobjekt

In Anbetracht der Bedeutung der Ehe für den Staat, die in diesem Zusammenhang oft als "organische" oder "Keimzelle" des Volkes bezeichnet wird, sehen andere[1] die Aufgabe des Staates in der sittlichen Hebung und Festigung der Ehe, weil er mit der Ehe als "Wurzel aller Gemeinwesen" bzw. als "Grundlage der gesellschaftlichen Ordnung" gleichzeitig sich selbst schützt, so daß die Ehe, die damit keine reine Privatangelegenheit mehr ist, strafrechtlichen Schutz verdient, um ihre soziale Aufgabe als Grundlage der Familienordnung erfüllen zu können. Danach wird also die Ehe bei einer so schweren Verletzung wie beim Ehebruch nicht um ihrer selbst willen mit strafrechtlichem Schutz ausgestattet, sondern wegen ihres Angriffes auf die staatliche Institution der Ehe, die sich in zweifacher Richtung auswirkt, nämlich einmal in der Gefährdung der konkret bestehenden Ehe sowie zum anderen in der Leugnung des Prinzips der Einehe.[2] Als Einbruch in die staatliche Ordnung ist nach dieser Ansicht der Ehebruch

---

1) So von der älteren Literatur: Oppenhof, aaO, 11. Aufl. § 172 Am. 14; Rubo, aaO, § 172 Am. 6.
Von den neueren Lehrbüchern: Schönke-Schröder, aaO, § 172 Anm. 1;
Die Staatstheorie vertreten bei den Dissertationen: Kahn, S. 4; Lebedkin, S. 40; Woehl, S. 44; Obermann, S. 40; Pfeil, S. 43; Cohn, S. 45; Hollesch, S. 64; Roesel, S. 44 ff; Vogt, S. 88;
Im Ergebnis hat die gleiche Ansicht auch Freysoldt, S. 19/20, der nur hierfür den verwirrenden Ausdruck einer "Treuepflichtverletzung gegenüber der Volksgemeinschaft" verwendet (S.6).

2) So Hörchner, aaO, S. 115

zu Recht aus der Reihe der Privatrechtsverletzungen herausgehoben und unter die Verstöße gegen öffentliche Interessen eingereiht worden.

Zur Begründung verwenden die Anhänger dieser Theorie alle die Argumente, die oben bereits zur Ablehnung der Treuepflichtverletzungstheorie führten, nur dienen sie hier nicht zur Widerlegung der anderen Anschauung, sondern zur Unterstützung der eigenen Ansicht. Neben der Bedeutung der Ehe für Staat und Gesellschaft beruft man sich also darauf, daß die Scheidung die staatlichen Interessen wahrt, indem sie die Ehe vor amtlichem Eingreifen schützt und eine Aussöhnung offen läßt, und daß der Antrag ebenfalls Rücksicht auf die Familie nimmt, und lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen die strafrechtliche Verfolgung von ihm abhängt; schließlich wird auch hier die Behandlung des Dritten als Täter herangezogen.

d) Der Doppelcharakter des geschützten Rechtsgutes

Bei einer umfassenden Würdigung des Ehebruchsdeliktes unter allen Gesichtspunkten können alle bisher erwähnten Theorien nicht völlig befriedigen. Sicherlich greift der Ehebruch einmal die Ehe als die legalisierte Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft im Bereich des Persönlichen genauso an wie darin auch andererseits ein Verstoß gegen die Ehe als sozialethische Institution, kurz gesagt gegen die staatliche Eheordnung, zu sehen ist. Will man dem Wesen des Ehebruches gerecht werden, so muß man diese Tat hinsichtlich ihres zweifachen Verletzungseffektes betrachten, wobei auf Grund der gebotenen Zurückhaltung des Staates bei strafrechtlichem Einschreiten gegen den Einzelnen anzunehmen ist, daß das öffentliche Interesse am Schutz der Ehe als einer staatlichen Organisation im Vorde

grund steht.[1)]

Diese Ansicht kann sich mit Recht aller vorgebrachten Argumente bedienen, denn tatsächlich lassen sich Scheidung wie Antrag von beiden Seiten, der des Staates wie der des Verletzten, betrachten. Freilich dient dabei das Erfordernis der Scheidung mehr dem staatlichen Schutz, da erst nach ihrer Durchführung die Rücksicht auf eine Erhaltung der Ehe fallengelassen wird. Andererseits bräuchte der Staat nach der Trennung keine Rücksicht mehr nehmen; tut er dies doch, so ist dies ein Beweis dafür, daß er auch die gleichzeitig mitverletzte Treuepflicht berücksichtigt und sein Interesse dem des unschuldigen Ehegatten hintanstellt. Das ist auch der Grund dafür, daß im Falle eines einmal gestellten Antrages nunmehr der Staat ohne weitere Schonung des Verletzten seine Verfolgung aufnimmt, indem er jetzt eine Rücknahme des Antrages ausschließt. Aus dem eben Gesagten folgt aber weiter, daß das Rechtsgut der ehelichen Treue nicht so weit konkretisiert werden darf, daß damit der schuldrechtliche Anspruch auf die eheliche Treue geschützt wird, sondern vielmehr die mit jeder Ehe verbundene abstrakte und generelle Treuepflicht, die zur Wahrung der staatlichen Einrichtung der Einehe erforderlich ist.[2)] Diese Nichtberücksichtigung des persönlichen Treueanspruches ist eine Konsequenz des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Eheinstitution, der diesen zurücktreten läßt und dafür die allgemeine Treuepflicht betont, was dann von Bedeutung ist, wenn es um die Behandlung einer

---

1) Den Doppelcharakter betont die heute wohl vorherrschende Meinung, z.B.: Maurach, BT, S. 413; Welzel, S. 380; wohl auch LK, aa0, 8. Aufl., § 172 Anm. 1; ebenso auch die Rechtsprechung vgl. RGST 14, 202 (205); Recht auf eheliche Treue ist nicht der Verfügung des einzelnen Ehegatten überlassen.
Ferner die Dissertation von: Bock, S. 70; Kretschmar, S. 4; Hohendahl, S. 69, Deinlein, S. 28; Keller, S.27; Wolff, S. 83/84 und Hörchner S. 116 lassen es offen, zeigen aber auch beide Schutzobjekte auf.

2) Maurach, BT, S. 413; LK, 8. Aufl., § 172 Anm. 1.

etwa vorliegenden Einwilligung oder Verzeihung geht, die bei einer Verallgemeinerung der Treuepflicht dann ohne Wirkung auf die Strafvorschrift bleiben muß.

Das für die weitere Auslegung des § 172 StGB wichtige Ergebnis bei der Frage nach dem Rechtsgut muß daher lauten: geschützt ist sowohl die staatliche Institution der Ehe wie auch die allgemein bestehende Treuepflicht der Ehegatten.

II) Der Tatbestand des § 172 StGB

1) Der Begriff des Ehebruches

Das Gesetz erklärt zwar im § 172 StGB den Ehebruch für strafbar, enthält jedoch keine Definition dieses Begriffes. Daraus muß geschlossen werden, daß dieser Tatbestand als bekannt und feststehend vorausgesetzt wird. Aus diesem Grunde verwendeten auch Rechtsprechung und Lehre einheitlich den Ehebruchsbegriff in der Form, wie er sich rechtsgeschichtlich entwickelt hat und wie er sich aus der Natur der Sache ergibt.[1] Zwar waren die Begriffsbestimmungen nicht immer einheitlich, was jedoch hauptsächlich entweder auf unklaren Sprachgebrauch bzw. ungenauer Ausdrucksweise oder aber auf Vermengung des Begriffes mit anderen Bestandteilen, etwa durch Einbeziehung des Rechtsgutes, zurückzuführen ist.[2] Beschränkt man aber alle Aussagen auf ihren wesentlichen Kern, so ist in der Sache eine Übereinstimmung festzustellen, auch wenn in der einzelnen Definition etwas fehlt oder etwas Unnötiges ausgedrückt wird.

Unter Ehebruch ist daher der ehebrecherische Beischlaf zu verstehen, also die sich im Vollzug des Beischlafes zeigende geschlechtliche Vereinigung einer verheirateten Person mit einer Person anderen Geschlechts, welche nicht der Ehegatte der ersteren ist.[3]

---

1) RGSt 7,299

2) Vgl. etwa die Auseinandersetzung mit den einzelnen Begriffsbestimmungen der älteren Lehre bei Bock, S. 39 und Roesel, S. 25-27.

3) So jetzt die allgemeine Ansicht: vgl. etwa RGSt 14,202; Maurach, BT S. 413; Mezger-Blei, BT S. 316/317; LK, § 172 Anm. 3; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 2; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 1; Lackner-Maassen, § 172 Anm. 2.

a) Die Bestimmung des Beischlafes

Wesentlich für die Handlung des Ehebruches ist demnach die Vollziehung des Beischlafes, gelegentlich auch als Beiwohnung, Geschlechtsverkehr im engeren Sinn oder Koitus bezeichnet, worunter jede zur Zeugung geeignete Vereinigung der Geschlechtsteile (coniunctio membrorum) zu verstehen ist.[1)]

Diese notwendige Voraussetzung des Beischlafes ist bereits dann erfüllt, wenn die geschlechtliche Vereinigung als solche stattgefunden hat, ohne daß es weiter darauf ankäme, ob es noch zu einem Samenerguß oder gar zu einer Sameneinführung in die weiblichen Genitalien (sog. emissio oder immissio seminis) gekommen ist.[2)] Denn letzteres ist nur für eine evtl. Schwängerung von Bedeutung, die jedoch mit einem Beischlaf nicht untrennbar verbunden sein muß und jedenfalls vom Strafgesetz nicht gefordert wird, weshalb auch die Zeugungsunfähigkeit des männlichen Teiles die Bejahung eines Beischlafes ebensowenig hindert wie eine mangelnde Geschlechtsreife des weiblichen Teiles.[3)]

Einigkeit besteht auch darüber, daß der Begriff des Beischlafes ein Eindringen des männlichen Gliedes in die weibliche Scheide erfordert, so daß weder eine Berührung der beiderseitigen Geschlechtsteile noch eine bloße äusserliche Einwirkung des männlichen auf den weiblichen Geschlechtsteil zur Tatbestandserfüllung ausreichen, mögen auch die Vorbereitungen hierzu von der unzüchtigsten Art sein.[4)] Fraglich war allerdings eine Zeit lang, wann nun

---

1) BGH St LM (StGB) § 173 Nr. 5

2) RG St 39,60; LK, Anm. 2a vor § 173; Schönke-Schröder, § 173 Anm. 2; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 1

3) RG St 4,24; LK, § 173 Anm. 2; RG St 71,130

4) RG St GA 40,39; RG St JW 1930,916; RG St JW 1934,2335.

der Beischlaf vollendet ist, was entscheidend davon abhing, wie weit der Vorgang des Eindringens gekommen sein muß. Das RG[1] ging davon aus, daß hierzu bereits der Beginn der Ausführung des Eindringens genügt, gleichviel in welchem Umfange dies geschieht oder ob dies nur unvollständig ausgeführt wird. Demgegenüber verlangte der BGH[2] zur Vollendung das Eindringen in den Eingang der Scheide, d.h. in den Raum hinter der die Scheide abschließenden Jungfernhaut, während der Eintritt des Gliedes in den Scheidenvorhof dazu nicht ausreichen sollte, wobei allerdings bei noch unversehrter Jungfernhaut ein Einreißen nicht verlangt wurde, so daß hier dann eine Einwölbung der Haut nach innen durch das Glied genügen sollte. Dagegen wandte sich aber der BGH[3] in einer späteren Entscheidung unter Aufgabe der früheren strengen Ansicht. Jetzt läßt auch er - wie das RG - jedes Eindringen genügen ohne Rücksicht auf dessen Umfang. In seiner Begründung weist er darauf hin, daß für eine Beschränkung auf das Eindringen in die eigentliche Scheide keine Anhaltspunkte bestehen, zumal ja beim Geschlechtsakt nur auf die Geeignetheit zur Zeugung abgestellt wird und nicht auf eine mehr oder weniger große Möglichkeit der Empfängnis, so daß jeder Beginn des Eindringens zur Vollendung des Beischlafes ausreiche. Damit ist nunmehr der Begriff des Beischlafes als eindeutig geklärt anzusehen.

b) Abgrenzung zu anderen unsittlichen Handlungen

Aus dieser bis ins Detail geregelten Bestimmung und Begrenzung des Ehebruchs auf den Beischlaf folgt zwingend, daß alle anderen beischlafsähnlichen oder sonst unzüchtigen Handlungen den Tatbestand nicht erfüllen. Es ist

---

1) RG St GA 40,39; RG St JW 1930,916

2) BGH St NJW 1959; 1091; ihm schließt sich Schönke-Schröder, § 173 Anm. 2 an.

3) BGH St 16,175 = BGH LM (StGB) § 173 Nr. 5

sicherlich eigenartig und schwer verständlich, daß nur der außereheliche Beischlaf eine strafrechtliche Ahndung findet, wo doch jede andere unzüchtige Handlung genauso eine ehegefährdende Wirkung herbeiführen kann. Man denke etwa nur an die Fälle andersartigen Geschlechtsverkehr in all seinen möglichen perversen Formen, z.B. Homosexualität, Mutuelle Onanie, Verkehr per os oder inter femora, Päderastie, Tribadie oder Sodomie, die alle ganz bestimmt nicht weniger geeignet sind, eine Ehe durch das außereheliche anomale Verhalten entscheidend zu zerstören und bestimmt zur Begründung einer Scheidung nach § 43 EheG ausreichen; deshalb erscheint tatsächlich eine Beschränkung auf den Beischlaf allein als formalistisch.[1)]

Diesen berechtigten Bedenken steht aber nun ein historisch gewordener und im Volk fest verwurzelter Begriff gegenüber, unter dem ein jeder einen ganz bestimmten, weder einengbaren noch ausweitbaren Vorgang versteht,[2)] so daß auf Grund dieser Entwicklung am Beischlaferfordernis festzuhalten ist.

c) Die künstliche Befruchtung als Sonderproblem

Auf Grund der eben umrissenen Bestimmung des Begriffes "Beischlaf" als Voraussetzung eines Ehebruches folgt bereits eindeutig, daß eine künstliche Befruchtung einer Ehefrau mit dem Samen eines fremden Mannes (sog. "heterologe Insemination") den Tatbestand eines Ehebruches nicht erfüllen kann.[3)] Denn diese Voraussetzung geht von

1) So Maurach, BT S. 413

2) RG St 70,174; RG St 7,299; Maurach, BT S. 413; Mezger-Blei, BT S. 316/317; LK, § 172 Anm. 3; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 2; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 1; Welzel, S. 380.

3) So die überwiegende Meinung: Maurach, BT S. 413; Lackner-Maassen, § 172 Anm. 2; LK, § 172 Anm. 3; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 2; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 1.

einer geschlechtlich betonten Handlung aus, während doch eine künstliche Befruchtung weder einem geschlechtlichen Anreiz entspricht noch einer geschlechtlichen Befriedigung dient, vielmehr allein auf die Erzeugung von Nachkommenschaft ausgerichtet ist. Wegen der derzeitigen Aktualität dieser Frage soll aber kurz auf das Problem der künstlichen Befruchtung in ihrem Verhältnis zum Ehebruch eingegangen werden, zumal vereinzelt die Anwendung des § 172 StGB auf diesen Fall bejaht wird.[1] Nach dieser Ansicht kommt es beim Ehebruchsbegriff nicht allein auf die geschlechtsbetonte Handlung an, sondern auf eine Gefährdung der Ehe durch jede Maßnahme, die zu einer Gefahr der perturbatio sanguinis oder der suppositio partus, also zu einem Eindringen fremden Einflusses in die Familie führen kann, was eben immer dann der Fall ist, wenn sich eine Frau den aktiven Zeugungskräften eines Dritten hingibt.[2] Diese Gefahr konnte bisher nur durch den Beischlaf heraufbeschworen werden, während eben jetzt dies durch die künstliche Befruchtung geschehen könne, so daß das Strafrecht mit Rücksicht auf die moderne Entwicklung auch diese Fälle unter dem Ehebruchsparagraphen einreihen müsse. Diese Einordnung sei weder eine Ausweitung des Begriffes noch eine Analogie, also keine entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes auf rechtsähnliche Fälle; da nämlich § 172 StGB den Tatbestand nicht näher kennzeichnet, läßt sich dieser nur durch Auslegung ermitteln. Nach bisheriger Auslegungsart erfüllte allein der Beischlaf den Tatbestand, während nun nach einer Überprüfung aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und im Hinblick auf ihre sozialordnende Bedeutung eine neue Auslegung gefunden wurde, die über den Vorgang der körperlichen Vereinigung hinausgeht und die Vereinigung fremder männlicher Zeugungskräfte mit den rezeptiv fruchtbaren Kräften der Ehefrau umfaßt. Diese Erweiterung sei nicht unzulässig, da

---

1) Vgl. zum Folgenden die Dissertation von Kaeuffer, aaO

2) Kaeuffer, aaO, S. 116

nicht der gesetzliche Tatbestand, sondern lediglich die bisherige Auslegung geändert wird, was sich noch im Rahmen einer teleologischen Auslegung halten soll.[1)]

Selbst wenn man noch dem Ausgangspunkt dieser Auffassung zustimmen könnte, obwohl die Rechtsprechung nur auf die geschlechtliche Vereinigung abstellt ohne Rücksicht auf Samenerguß oder Zeugungsmöglichkeit, so ergeben sich auch im Übrigen entscheidende Bedenken gegen diese ausdehnende Auffassung. Denn im Strafrecht ist auf Grund des Verfassungsgebotes des Art. 103 Abs. 2 GG davon auszugehen, daß niemals etwas bestraft werden darf, was sich aus dem Gesetz nicht als strafbar ergibt. Nun läßt an sich bereits der Tatbestand des Ehebruches offen, was als strafbare Handlung in Betracht kommt, so daß grundsätzlich schon deshalb Bedenken bestehen, ob dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit genüge getan ist, da ja ein Straftatbestand nicht zu unbestimmt gefaßt sein darf. Das BVerfG[2)] hat zwar ausgeführt,daß die erforderliche Gesetzbestimmtheit von der Besonderheit des jeweiligen Tatbestands und von den Umständen abhängt, die zur gesetzlichen Regelung führen, damit aber gleichzeitig erklärt, daß nur unter diesen Voraussetzungen eine hinreichende Bestimmtheit bejaht werden kann. Dies wurde bei der Strafvorschrift über den Ehebruch deswegen nie angezweifelt, weil diese Bestimmung zum überlieferten Bestand der Strafrechtsnormen gehört und auf Grund der allgemeinen, vom Volk anerkannten und historisch gewordenen Deutung des Begriffes "Ehebruch" klar bestimmt und durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hinreichend präzisiert wurde, eben als außerehelicher Beischlaf durch Vereinigung der Geschlechtteile. Deshalb kann von einer Auslegung innerhalb des durch den gesetzlichen Tatbestand gezogenen Rahmens zwar

---

1) So Kaeuffer, aaO, S.119/120; Kaeuffer befindet sich damit auf der generellen Linie von Sax, aaO, S. 152; der allgemein ein Analogieverbot ablehnt.

2) BVerfG BayVBl 1969,315

noch bei der Frage gesprochen werden, wann diese Vereinigung vollendet stattgefunden hat, dagegen nicht mehr bei dem Problem, ob auch die künstliche Befruchtung noch unter die 'Auslegung' des Begriffs "Ehebruch" fällt. Denn hier wird der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit so weit überzogen, indem ein völlig andersartiger ehewidriger "Verkehr" unter dem Begriff subsumiert wird und somit eine an sich nicht vom Strafgesetz erfaßte Handlung in den Bereich des Strafbaren gebracht wird.[1] In einem solchen Fall kann aber nicht mehr von einer "ausdehnenden Auslegung" gesprochen werden, es handelt sich vielmehr um die Anwendung einer Strafvorschrift auf einen von ihr nicht erfaßten Sachverhalt, der dem von ihr erfaßten rechtsähnlich ist, also um eine Analogie. Da hiermit ein bestehender Tatbestand zuungunsten der Täter ausgeweitet werden würde, verstößt die oben aufgezeigte Ansicht mit der analogen Anwendung des § 172 StGB auf die Künstliche Befruchtung im Wege der Tatbestandserweiterung gegen das bestehende Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG und des § 2 Abs. 1 StGB.[2] Die Richtigkeit dieser Darlegung wird auch durch den E 1962 im Rahmen der Strafrechtsreform bestätigt, der zwar nicht die Ähnlichkeit einer heterologen Insemination mit dem Ehebruch verkennt und ebenfalls deren Strafwürdigkeit bejaht, gleichzeitig aber durch Einführung einer Sondervorschrift (§ 203) zum Ausdruck bringt, daß hier lediglich ein rechtsähnlicher Fall vorliegt, der einer gesonderten gesetzlichen Regelung bedarf, um eine verfassungsgemäße Strafbarkeit begründen zu können.[3] Eine Anwendung des § 172 StGB auf die künstliche Samenübertragung muß daher abgelehnt werden.

---

1) Schönke-Schröder, § 2 Anm. 9
2) Schwarz-Dreher, § 2 Anm. 1 D b
3) E 1962, § 203,

2) Die Subjekte des § 172 StGB

a) Mögliche Täter

Das Gesetz erklärt in § 172 StGB ausdrücklich, daß als Täter der "schuldige Ehegatte" sowie sein "Mitschuldiger" in Betracht kommen. Dabei hat es sich entsprechend der historischen Entwicklung eingebürgert, dann von einem "einfachen Ehebruch" (adulterium simplex) zu sprechen, wenn der Dritte, der mit dem Ehegatten geschlechtlich verkehrt, seinerseits ledig ist, während es sich um einen "Doppelehebruch" (adulterium duplex) handelt, wenn der "Mitschuldige" selbst auch verheiratet ist. Im letzten Falle sind dann die beiden Täter des Ehebruches sowohl "schuldige Ehegatten" (hinsichtlich ihrer eigenen Ehe) wie auch "Mitschuldige" (bei der Ehe ihres Partners), was insbesondere für das Scheidungs- und Antragserfordernis von Bedeutung ist, weil zur Bestrafung dann bereits eine Ehescheidung und ein Antrag ausreichen (siehe näheres bei der Behandlung dieser Voraussetzungen). Im übrigen aber ist diese Unterscheidung rein begrifflich, sie hat - im Gegensatz zu früheren Zeiten - im StGB keine verschiedene Behandlung zur Folge dergestalt, daß der Doppelehebruch als qualifizierter Fall erschwert bestraft wird, was freilich nicht ausschließt, daß diese Tatsache bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden kann.

Zu klären ist noch die Bedeutung des im Gesetz verwendeten Ausdruckes "schuldiger" Ehegatte und Mit"schuldiger", was immerhin dem Wortlaut nach zu dem Mißverständnis Anlaß geben könnte, daß bei Ehebruch zwei "schuldige", d.h. strafbare Täter vorhanden sein müssen. Eine derartige weite Auslegung dieser Formulierung wird jedoch zu recht allgemein abgelehnt, da damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß beiden genannten Personen in gleicher Weise Täterqualität zukommt mit der Folge, daß dann, wenn beim Ehegatten bzw. beim Dritten eine Schuld vorliegt,

beide bestraft werden können. Man denke etwa nur an den Fall, daß der verheiratete Ehemann ein lediges Mädchen notzüchtigt, sich dieses also rein passiv verhält; würde das Gesetz Schuld auf beiden Seiten voraussetzen, könnte - nach Scheidung und Antrag - der Ehemann nicht wegen seines in der Tat liegenden Ehebruches belangt werden, was sicherlich nicht im Sinne des Gesetzgebers lag. Deshalb ist anzunehmen, daß das Gesetz mit seiner Ausdrucksweise lediglich der verschiedenartigen Lage der beiden am Ehebruch beteiligten Personen Rechnung tragen und die Strafbarkeit beider Ehebrecher aussprechen wollte, soweit diese eben schuldhaft handeln.[1)]

Hinsichtlich der Person des Mitschuldigen ist bereits hier darauf hinzuweisen, daß der Strafrichter bei der Bestimmung des Mitschuldigen trotz des Erfordernisses der Ehescheidung nicht an die Feststellung des Urteils gebunden ist,[2)] so daß er auch einen anderen als den im Zivilurteil nach § 624 ZPO genannten verurteilen kann, vorausgesetzt nur, daß die Identität des Ehebruchsfalles bei der Scheidung und beim Strafurteil gegeben ist. Da das Scheidungsurteil nicht immer die Nennung des Mitschuldigen beim Ehebruch enthalten muß - vgl. § 624 ZPO -, kann ein Dritter selbst dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn im Zivilurteil ein Mitschuldiger nicht festgestellt werden konnte, andererseits aber im Scheidungsverfahren der Ehebruch etwa durch Vorliegen einer Schwangerschaft oder einer Ansteckung mit einer Krankheit nachgewiesen werden und der Dritte im Rahmen der Ermittlungen dann im Strafverfahren herausgebracht werden konnte. In diesen Fällen kann der Dritte ohne weiteres noch bestraft werden, so daß also die Feststellung des Dritten als Mitschuldigen eine selbständige Aufgabe des Strafrichters darstellt.

1) So die h.M.: vgl.etwa Maurach, BT S.413; LK,§172 Anm.6; Schwarz-Dreher, §172 Anm.1; Bock, S. 42; Hohendahl, S. 74/75; Roesel, S. 39.

2) RG St Rspr. 6, 108,110.

b) Problem einer notwendigen Teilnahme

Diese früher bestehende Kontroverse um die Einordnung des Dritten als notwendigen Teilnehmers erscheint heute nur mehr als eine reine Auseinandersetzung um Begriffe. Letztlich hängt nämlich die Entscheidung nur davon ab, was man unter "notwendiger Teilnahme" versteht, ohne daß sich nach jeder vertretenen Ansicht Unterschiede in der Behandlung des Mitschuldigen ergeben. Definiert man den Begriff derart, daß wegen der Tatsache, daß der Beischlaf nur zwischen Mann und Frau möglich ist, notwendigerweise zur Tatbestandserfüllung mehrere aktiv mitarbeiten müssen mit der Folge, daß ein Einzelner niemals allein Täter des Ehebruches sein kann,[1] dann ist die Anwendung dieses Begriffes beim Delikt als § 172 StGB abzulehnen. Denn ein solches beiderseitiges aktives Zusammenwirken ist beim Ehebruch nicht erforderlich, wobei man nur etwa an die Fälle einer Vergewaltigung bzw. einer Notzucht zu denken braucht, wo sich die "Beteiligung" des Opfers auf bloßes passives Verhalten beschränkt; erst recht wäre es verfehlt, wie bereits ausgeführt, gar noch ein beiderseitiges schuldhaftes Handeln zu verlangen.

Demgegenüber spricht heute die allgemeine Ansicht dann von einer notwendigen Teilnahme, wenn zur Verwirklichung eines Tatbestandes begrifflich die Beteiligung mehrerer erforderlich ist, man verlangt also lediglich das Zusammenwirken mehrerer.[2] Wenn man aber dann auch das Verhalten des Dritten als notwendige Teilnahme ansieht, bedarf dies keiner weiteren Erörterung, weil eben hier das Gesetz die Strafbarkeit der Mitwirkenden ausdrücklich bestimmt hat, was sich auch daraus ergibt, daß § 172 StGB nicht die Rechtsgüter des notwendigen Teilnehmers (wie etwa sonst in den Fällen der §§ 174, 176 StGB), sondern

---

1) So Schütze, Notwendige Teilnahme, aaO, S. 28/29; 321; 346; 356

2) Vgl. etwa: Schönke-Schröder, Vorbem. 118 vor § 47; Schwarz-Dreher, Vorbem. 2 vor § 47

die der Allgemeinheit schützen will, so daß deshalb die notwendige Teilnahme strafbar ist.[1] [2]

Daraus folgt aber weiter, daß der ganze Streit um das Vorliegen einer notwendigen Teilnahme rein theoretischer Natur ist. Denn in § 172 StGB hat eben das Gesetz einmal eine vom System abweichende positivrechtliche Regelung gewählt, nach der dem Ehegatten wie dem Dritten in gleicher Weise Täterqualitäten eingeräumt werden, obwohl nach allgemeinen Grundsätzen der Dritte als Außenstehender nur Teilnehmer sein könnte. Hat aber das Gesetz einmal eine ausdrückliche Entscheidung getroffen, so erscheint jede Kontroverse um die Frage einer "notwendigen Teilnahme" überflüssig, weil die positive deutliche Bestimmung den Vorrang besitzt und die Annahme einer Teilnahme gegenstandslos macht.[3]

3) Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld

a) Der Ehebruch als Vorsatzdelikt

Hinsichtlich der inneren Tatseite ist wenig zu sagen. Da eine fahrlässige Regelung nicht für strafbar erklärt wurde, kann der Ehebruch nur vorsätzlich begangen werden, wobei das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes ausreicht. Demnach muß der Täter wissen, daß er oder sein Partner verheiratet ist, und er muß weiter mit diesem willentlich den Beischlaf ausüben.[4]

1) Maurach, AT, S. 566; Baumann, AT S. 485

2) Ähnlich bereits Lange, Notwend. Teilnahme, aaO, S.26f., der ebenfalls entscheidend auf die Rechtsgutverletzung abstellt, jedoch auf Grund der Annahme, daß § 172 einen Treuebruch darstellt, zur Gehilfenschaft kommt, weil bei ihm das Moment der besonderen Pflichtverletzung fehlt. Nach Lange ist deshalb im Wege der Strafzumessung der Dritte milder zu bestrafen.

3) So zu Recht Maurach BT S. 413/414

4) LK, § 172 Anm. 5; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 5; Lackner, § 172 Anm. 2; Maurach, BT S. 414

Dieser Vorsatz ist sowohl bei dem ehebrecherischen Gatten wie bei seinem Mitschuldigen zu verlangen, im Urteil bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Feststellung der Kenntnis vom Bestehen der Ehe nur dann, wenn eine solche bestritten wird.[1] Da man unter dem Vorsatz das Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Merkmale versteht, folgt daraus weiter, daß ein solcher Vorsatz nach § 59 I StGB nicht gegeben ist, wenn der Täter irrtümlicherweise den Beischlaf für ehelich hält, sich also in der Person seines Partners irrt (beispielsweise bei Zwillingen) bzw. als lediger Täter glaubt, auch der andere Teil sei nicht verheiratet, oder davon ausgeht, daß seine eigene Ehe bzw. die seines Partner nicht oder nicht mehr besteht; dies gilt selbst dann, falls der Irrtum fahrlässig zustande kam, da ein fahrlässiger Ehebruch straflos bleibt (argumentum e contrario aus § 59 Abs. 2 StGB). Desgleichen scheidet die Annahme eines Vorsatzes dann aus, wenn ein Täter gar nicht in der Lage war, vorsätzlich zu handeln, sei es, daß er sich in einem bewußtlosen oder in einem Schlaf-Zustand befand, sei es, daß er infolge einer Geisteskrankheit gar keinen Willen bilden konnte, oder daß er vergewaltigt wurde. Im übrigen gelten hier dann die allgemeinen Regeln über das Vorliegen bzw. den Ausschluß eines Vorsatzes, auf die mangels Besonderheiten beim Ehebruchsdelikt nicht eigens eingegangen zu werden braucht.

b) Einfluß einer Einwilligung auf die Rechtswidrigkeit

Als einziger bedeutender Rechtfertigungsgrund, der beim Ehebruch in Frage kommen könnte, ist das Vorliegen einer Einwilligung zu untersuchen. Hier sehen wir erstmals, wie sehr es bei der Beantwortung dieses Problems auf die Stellungnahme zum geschützten Rechtsgut ankommt, weshalb auch dies am Anfang dieser Betrachtung behandelt wurde.

---

1) RG St Annalen 9, 105.

Denn entscheidende Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist, daß der Einwilligende Inhaber des verletzten Rechtsgutes ist und er uneingeschränkt darüber verfügen kann,[1] weshalb eben die Möglichkeit eines Rechtswidrigkeitsausschlusses durch Einwilligung davon abhängt, welche Interessen durch die Strafdrohung geschützt werden sollen. Dabei muß noch allgemein vorausgeschickt werden, daß es nach überwiegender Meinung ohne jede Bedeutung ist, ob etwa diese Einwilligung selbst gegen die guten Sitten verstößt, weil der evtl. aus § 226 a StGB abzuleitende generelle Satz nur für den Fall Geltung besitzt, daß die Tat trotz Einwilligung sittenwidrig ist.[2] Mag dies auch im Einzelfall unbillig erscheinen (Beispiel: verheirateter Zuhälter schickt seine Frau als Dirne auf die Straße), so ist dies auf die Eigenart des Strafrechts als öffentliches Recht zurückzuführen, mit der Folge, daß die Wirksamkeit der Einwilligung nach öffentlichen Gesichtspunkten nach dem Rechtsschutzobjekt beurteilt werden muß.

aa) Wer deshalb davon ausgeht, daß das Strafgesetz in § 172 StGB den Ehebruch allein unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines individuellen Rechtes, nämlich des ehelichen Treuerechtes, bestraft, muß mit Rücksicht auf den Willen und das Interesse des verletzten Ehegatten zu dem Schluß kommen, daß dieser wirksam auf sein Recht verzichten kann, so daß bei einer vorliegenden Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen ist.[3] Denn schützt § 172 StGB lediglich ein privates Interesse, dann muß dem Verletzten jederzeit auch ein Verzicht auf sein Recht möglich sein nach dem Grundsatz: "volenti non fit iniuria". Hauptargument ist bei dieser Ansicht noch

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. 37 vor § 51

2) vgl. etwa: RG St 74, 95; BGH St 4,91; Schönke-Schröder, Vorbem. 45 vor § 51; Maurach, AT S. 269

3) So die Vertreter der Treupflichtverletzungstheorie, siehe oben Anmerkung 1) auf S. 122

die Regelung im § 42 Abs. 2 EheG, der ausdrücklich im Falle einer Zustimmung eine Scheidung nicht zuläßt, obwohl auf Grund der Verschiedenheit von Zivil- und Strafrecht eine entsprechende Anwendung bei § 172 StGB abzulehnen ist.

bb) Demgegenüber berufen sich die Anhänger der "Institutionstheorie" auf die Tatsache, daß der Ehebruch einen Angriff auf die Ehe- und Familienordnung des Staates darstellt und damit ein öffentliches Interesse verletzt, weshalb bei einem solchen geschützten Rechtsgut eine private Verfügung in Gestalt einer Einwilligung auf die Strafbefugnis des Staates ohne Einfluß bleibt. Die gleiche Auffassung vertreten auch die Befürworter eines Doppelcharakters des Rechtsgutes aus der Überlegung heraus, daß bei einem Zusammentreffen von privatem und öffentlichem Interesse das letztere immer den Vorrang genießt, da die Allgemeinheit nicht auf die Bestrafung eines solchen Deliktes verzichten kann und will. Danach ist also eine vom betroffenen Ehegatten erklärte Einwilligung in die Tat für deren Ahndung insoweit bedeutungslos, als sie nicht geeignet ist, die Rechtswidrigkeit der Tat auszuschließen und damit eine Bestrafung zu verhindern.[1)]

Man beruft sich hierbei vor allem darauf, daß der Ehebruch - zumindestens auch - die Eheordnung als öffentliche Institution erheblich verletzt, so daß es unerträglich wäre, wenn der Staat wegen einer Einwilligung, die ja selbst bereits in den meisten Fällen einen groben Mißbrauch der staatlich geschützten Eheinstitution darstellt, nicht strafend einschreiten könnte. Der Ehebruch soll nicht auf dem Umweg einer Anerkennung der Einwilligung durch den Einzelnen zu einer erlaubten Handlung gemacht werden können. Würde der Staat bei einem verabredeten und

1) Vgl. die genannten Vertreter in den obigen Anmerkungen 1) S. 25 u. 1) S. 27. Soheute allgemeine Ansicht: vgl. RG 14, 202 LK, § 172 Ann. 4; Schönke-Schröder, § 172 Ann. 4; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 1 B; Maurach BT S. 414; Sauer, BT S. 584.

im gegenseitigen Einverständnis der Eheleute ausgeführten Ehebruch auf sein Strafrecht verzichten, so wäre damit eine Aufgabe der staatlichen Ehegrundsätze verbunden, was sicherlich nicht im Interesse der Allgemeinheit läge, zumal damit eine Kollusionsgefahr bei Scheidungsprozessen heraufbeschworen würde. Weiter ist zu beachten, daß die Einwilligung hier nicht anders behandelt werden kann wie ein vor der Begehung der Tat erklärter Verzicht auf den Strafantrag, was rechtlich ebenfalls nicht von bindender Wirkung sein kann. Dabei wird keineswegs verkannt, daß die Zustimmung bei ihrer Geltendmachung im Eheprozeß dem Ehebruch die Wirkung eines Scheidungsgrundes nimmt und damit eine Ehescheidung aus diesem Grunde ausschließt (§ 42 Abs. 2 EheG).

Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, daß dieser Tatsache dadurch eine wenigstens mittelbare Einwirkung auf das Strafverfahren gesichert ist, daß ja eine Bestrafung nur nach vorausgegangener Scheidung wegen dieses Ehebruches erfolgen kann, was eben bei einer rechtzeitigen und erfolgreichen Geltendmachung der Einwilligung im Scheidungsprozeß nicht mehr möglich ist. Durch diese Abhängigkeit einer Bestrafung von der Ehescheidung hat aber das StGB gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß die Geltendmachung dieser die Scheidung verhindernden Tatsache allein auf das Scheidungsverfahren beschränkt ist, daß es aber im Falle eines Unterlassens oder einer Erfolglosigkeit an der strafrechtlichen Beurteilung nichts mehr ändern kann, weil bei Vorliegen einer Scheidung (und selbstverständlich aller übrigen Voraussetzungen) alles für eine Bestrafung nach § 172 StGB gegeben ist, egal, ob die Scheidung auf Grund der Einwilligung hätte versagt werden können oder müssen. Als Ergebnis ist damit festzuhalten, daß eine Zustimmung ohne Einfluß auf die strafrechtliche Beurteilung des Ehebruches bleibt, wenn deswegen die Scheidung erfolgt; aus denselben Gründen muß auch eine nachträglich erklärte Zustimmung (Verzeihung) für das Strafverfahren

bedeutungslos bleiben, weil hier dieselben Gesichtspunkte eine Rolle spielen.[1)]

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß diese Streifrage praktisch wohl nur sehr selten zum Zuge kommt, da in den meisten Fällen die Tatsachen der Einwilligung bzw. der Verzeihung rechtzeitig im Scheidungsprozeß geltend gemacht werden und damit eine Scheidung als Voraussetzung einer Bestrafung verhindern (§§ 42 Abs. 2, 49 Ehe G); lediglich, wo dies unterlassen oder erfolglos erhoben wird erlangt dieses Problem im Strafverfahren eine gewisse Bedeutung.

c) Fälle der Schuldlosigkeit

Eine Entschuldigung der Tat kommt, abgesehen von den allgemeinen Schuldausschließungsgründen, beim Ehebruch besonders in zwei Fällen in Betracht, auf die eigens hingewiesen werden soll, weil sie vor allem im letzten Weltkrieg eine gewisse Rolle spielten. In solch extremen Lagen kann es vorkommen, daß eine Ehefrau nach §§ 52, 54 StGB für ihren Ehebruch entschuldigt werden konnte, wenn sie mit einem Besatzungsoffizier deswegen verkehrte, um sonst drohenden dauernden Vergewaltigungen durch Soldaten zu entgehen oder um dadurch ein gewaltsames Vorgehen gegen die eigene Tochter zu verhindern;[2)] im übrigen sind aber bei Annahme einer Schuldlosigkeit diese Voraussetzungen sorgfältig zu prüfen und nur in wirklichen Notfällen anzuerkennen.

4) Die Beschaffenheit der Ehe

Schon der Name des Deliktes "Ehebruch" weist darauf hin, daß § 172 StGB das Bestehen einer Ehe voraussetzt; ob ein

1) So allgemein die Rspr.: RG St 14, 202; RG St GA 54,305 RG St 25, 119

2) OLG Kiel MDR 1948, 217

Ehe vorliegt oder nicht, beurteilt sich allein nach bürgerlich rechtlichen Vorschriften, wofür heute das Ehegesetz maßgebend ist,[1] wenngleich der Strafrichter eigenständig diese Frage nach den strafverfahrensrechtlichen Vorschriften zu prüfen hat. Da aber eine Ehe in ihrem Bestand in verschiedenem Umfange fehlerhaft sein kann, herrschte bald Streit darüber, welche Ehen überhaupt durch diese Tat gebrochen werden könnten. Auch hier fiel die Antwort unterschiedlich aus, je nach der Einstellung zum geschützten Rechtsgut, weil natürlich der, welcher die staatliche Institution in den Vordergrund stellt, den Kreis der brechbaren Ehen weiter zieht als der, der den Ehebruch als Treueverletzung ansieht und ihn daher nur auf die wirklich intakten Ehen beschränkt.

a) Absolut gültige bzw. absolut nichtige Ehen

Einigkeit liegt eigentlich nur bei zwei Formen vor, die von allen auch gleich behandelt werden. Da ist einmal die absolut gültige Ehe, d.h. eine Ehe, die formell gültig ist und damit unter Beachtung aller Formvorschriften (§ 11 ff. EheG) geschlossen wurde, die aber auch materiell in Ordnung ist und damit weder einer Anfechtung noch einer Nichtigerklärung unterliegt mangels Vorliegen entsprechender Gründe (§§ 16 ff, §§ 30 ff EheG). Daß eine solche Ehe Gegenstand eines Ehebruches sein kann, ist unbestritten.

Dasgleiche gilt in negativer Weise für eine absolut nichtige Ehe. Darunter ist eine an sich überhaupt nicht existierende "Ehe" zu verstehen, also ein rein privates Zusammenleben zweier Menschen verschiedenen Geschlechts ohne jegliche rechtliche Anerkennung. Zu denken ist hier etwa an die Ehen, die ohne Beachtung der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Formvorschrift zustande kamen (so-

1) vom 20. Februar 1946 - Gesetz Nr. 16 des Kontrollrates - (KRABl 77, ber. 294)

genannte "Nichtehen"), z.B. Abschluß vor einem Nichtstandesbeamten, vor einem nicht zur Mitwirkung bereiten Standesbeamten oder vor einem Nichtstandesbeamten, der zwar das Amt öffentlich ausübt, die Ehe jedoch nicht in das Familienbuch einträgt.[1] Weiter fallen hierunter etwaige "Ehen" Gleichgeschlechtlicher, mögen sie auch formgemäß abgeschlossen sein, ferner sog. "wilde Ehen", "Onkelehen", Putativehen, rein kirchlich getätigte Ehen und ähnliche. All diese nur namentlich als "Ehen" bezeichnete Verhältnisse werden eben vom maßgeblichen Zivilrecht nicht als Ehen anerkannt, sie können weder geschieden noch in anderer Weise gerichtlich beseitigt werden, da sie für die Rechtsordnung überhaupt nicht vorhanden sind. Aus diesem Grunde besteht bei aller Übereinstimmung darüber, daß solche "Ehen " auch nicht durch einen Ehebruch verletzt werden können.

b) Materiell gültige Ehen

Eine Mindermeinung vertrat die Ansicht, daß ein strafbarer Ehebruch allein in einer vollgültigen Ehe vorliegen kann, d.h. in einer weder nichtigen noch anfechtbaren Ehe.[2] Zur Begründung brachte man vor, daß der Ehebruch nur eine Verletzung des materiellen Gehaltes der Ehe ist, ihres sittlichen Moments, weshalb die Annahme einer materiellen Verletzung eines nur formell bestehenden Rechtsverhältnisses ein Widerspruch in sich sei und daher als unmöglich abgelehnt werden müsse. Deshalb könne auch § 171 StGB nicht herangezogen werden, vielmehr sei aus dieser Vorschrift, die nur das formelle Eheband schützt, für § 172 StGB der Gegenschluß zu ziehen, daß nichtige und anfechtbare Ehen eben nicht gebrochen werden können.

---

1) Palandt, BGB, aaO, Anm. 5 zu § 11 EheG

2) Vgl. etwa Daude, S. 9-11; Hohendahl, S. 77/78; Mainzer S. 24; dort sind auch weitere Nachweise dieser älteren Lehre angegeben.

Schließlich weist man noch auf den Umstand hin, daß Voraussetzung einer Bestrafung wegen Ehebruches eine Scheidung der Ehe ist, während die eben genannten fehlerhaften und damit materiell ungültigen Ehen nur für nichtig erklärt oder aufgelöst werden können.

Diese Lehre konnte sich aber nicht durchsetzen und wird - soweit ersichtlich - heute nicht mehr vertreten; gegen sie sprechen nämlich erhebliche Gründe. Abgesehen davon, daß nach richtiger Ansicht zumindest auch die staatlichen Eheinstitution als soziale, allgemein wichtige Grundlage geschützt wird und nicht nur das materiell bestehende Ehetreuerecht, ist es sowohl unrichtig, daß eine anfechtbare Ehe keinen materiellen Gehalt habe, wie auch, daß eine solche Ehe nicht geschieden werden könne. Denn solange eine solche materiell ungültige Ehe besteht, was der Fall ist, wenn die Ehe nicht vom Klageberechtigten angegriffen wird (§§ 24 Abs.1, 35 EheG), kann sich niemand auf diesen Mangel berufen, wenn kein rechtsgestaltendes Urteil vorliegt (so ausdrücklich § 23 EheG für die nichtige Ehe, was dann erst recht für die anfechtbare Ehe gilt). Auch § 37 Abs. 1 EheG läßt klar erkennen, wenn er die Folgen der Aufhebung denen der Scheidung gleichstellt, daß bis zum gerichtlichen Auflösungsurteil die Ehe auch materiell besteht. Zudem käme diese Ansicht auf Grund der Tatsache, daß nach Ablauf der Klagefrist (§ 35 Abs. 1 und 2 EheG) die Ehe unanfechtbar und damit jetzt materiell gültig wäre, zu dem kuriosen Ergebnis, daß bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist ein Ehebruch straflos vollzogen werden könnte, nach deren Ablauf aber (bei folgender Scheidung) bestraft werden müßte. Weiter ist nirgends im Gesetz ausgesprochen, daß eine Scheidung bei Vorliegen von Nichtigkeits- oder Aufhebungsgründen, die nicht vorgebracht werden, nicht erfolgen könne; die Geltendmachung der Gründe erfolgt allein durch die hierzu berechtigten Klageparteien, das Gericht muß nicht etwa solche Gründe von Amts wegen ermitteln oder berücksichti-

gen, so daß also auch solche materiell ungültigen Ehen geschieden werden können, falls die Parteien von ihrem Klagerecht zur Erhebung einer Nichtigkeits- oder Auflösungsklage nicht Gebrauch machen, was eben besonders bei Ablauf der hierzu eingeräumten Frist von Bedeutung sein kann. Aus all diesen Gründen ist diese Theorie, die eine vollgültige Ehe beim Ehebruch verlangt, abzulehnen.

c) Materiell gültige, aber anfechtbare Ehen

Diese Meinung führt in verbesserter Form die eben dargestellte Ansicht fort, indem sie zwar dem Grundsatz treu bleibt, daß ein Ehebruch nur bei materiell bestehenden Ehen möglich sei, dabei aber anerkennt, daß darunter auch die anfechtbaren Ehen fallen, so daß hiernach Ehebruch zwar bei anfechtbaren, jedoch nicht bei nichtigen Ehen möglich ist.[1] In der Begründung werden im wesentlichen die gleichen Argumente wie bei b) vorgebracht, jetzt allerdings beschränkt auf die nichtigen Ehen. Eine materiele Eheverletzung sei eben bei einer Ehe, deren Wirkungen über eine bloße formelle Gültigkeit nicht hinausgehen, nicht anzuerkennen; ferner könne eine solche Ehe nicht geschieden werden, wobei das Gesetz zwischen Scheidung und Nichtigerklärung klar unterscheidet, wie ein Vergleich mit dem Wortlaut des § 171 StGB ergibt. Dagegen habe eine anfechtbare Ehe bis zu ihrer Auflösung sämtliche Wirkungen einer vollgültigen Ehe, sie könne auch auf jeden Fall geschieden werden.

Deshalb muß dieser Ansicht aus den gleichen, bereits oben vorgebrachten Gründen widersprochen werden. Besonders hin

1) Hauptvertreter sind heute: Welzel, S. 381 und Sauer, BT S. 584. Ebenso die wohl h.M. der älteren Lehre, vgl. etwa: Binding, LB S. 220; Berner, LB S. 453; Frank, § 172 I; v.Liszt, LB S. 399; Merkel, LB S.367; Mittermajer, aaO, VDB, S.94; Olshausen, LB § 172 Nr.2 sowie:Groß, S. 67; Metz, S. 5; Obermann, S. 49; Roesel S. 72 ff (Ergebnis S. 80); Peters, S. 21; Woehl, S. 46

zuweisen ist auf eine fehlende Erklärung dafür, daß die nichtige Ehe bis zur Feststellung ihrer Nichtigkeit nicht als gültige und damit auch geschützte Ehe vom Gesetz betrachtet wird. Es scheint, daß hier aus einem an sich unrichtigen Begriff falsche Schlußfolgerungen gezogen werden; zwar spricht das Gesetz selbst in den §§ 16 ff EheG von der nichtigen Ehe, jedoch ergibt sich aus der weiteren Behandlung dieser Ehe hinsichtlich ihrer Folgen und auch der Klagedurchführung, daß bis zur Nichtigerklärung die Ehe als bestehend und wirksam angesehen wird, erst das auf eine erfolgreiche Klage hin erlassene Urteil ändert den rechtlichen Zustand dieser Ehe, so daß man richtigerweise diese Ehe als "vernichtbar" bezeichnen müßte.

Bis dahin treten alle Wirkungen wie bei jeder anderen Ehe ein, etwa bezüglich des Namens, Wohnsitzes, der Staatsangehörigkeit, des ehelichen Güterrechtes usw., so daß man schon all diese Umstände übersehen muß, wenn man von einer lediglich formellen Ehe spricht. Dadurch, daß das Gesetz diese Ehe als bestehend anerkannt und deshalb jede Berufung auf die Nichtigkeit der Ehe vor Rechtskraft des Urteils ausschließt (§ 23 EheG) sowie für die vermögensrechtlichen Beziehungen die Scheidungsfolgen, die ja von einer Eheauflösung ex nunc ausgehen, entsprechend anwendet wie ja auch etwaige Kinder bis zu einer evtl. Anfechtung als ehelich angesehen werden (vgl. § 1596 Abs. 1 Nr. 2 BGB), kommt doch entgegen dieser Meinung zum Ausdruck, daß auch einer nur formell gültigen Ehe gewisse materielle Wirkungen innewohnen, die ausreichen, um eine Verletzung wegen Ehebruches begründen zu können.

Auch der Hinweis auf eine notwendige Ehescheidung kann keine Bedeutung zuerkannt werden. Denn bleibt der Nichtigkeitsgrund unbekannt oder wird er im Scheidungsprozeß nicht vorgebracht, so ist nirgends im Gesetz ausgesprochen, daß eine solche Ehe nicht geschieden werden könne, im Gegenteil verlangt ja der § 23 EheG ausdrücklich die

Behandlung als gültige Ehe. Das nachträgliche Erwähnen eines Nichtigkeitsgrundes nach Scheidung der Ehe muß schon deswegen unberücksichtigt bleiben, weil eine durch Scheidung bereits aufgelöste Ehe nicht noch einmal für nichtig erklärt werden kann; erst recht scheidet eine solche Geltendmachung im Strafverfahren aus, wo der Strafrichter an den Ausspruch der rechtskräftigen Scheidung gebunden ist. Wird dagegen die Nichtigkeit noch im Scheidungsverfahren erhoben, so kann zwar nicht die Scheidungsklage mit der Nichtigkeitsklage verbunden oder letztere als Widerklage eingereiht werden (vgl. §§ 615, 633 ZPO), wegen §§ 151, 148 ZPO hat aber das Gericht das Scheidungsverfahren auszusetzen; damit werden widersprüchliche Ergebnisse vermieden, weil bei Erfolg der Nichtigkeitsklage die Ehe für nichtig erklärt wird und somit kein Raum für eine Scheidung besteht; andernfalls bleibt es nach Ablehnung der Nichtigkeitsklage beim Scheidungsverfahren, so daß dann eine Scheidung durchaus wegen Ehebruches erfolgen kann.

Damit ist aber eine ähnliche Situation wie bei der anfechtbaren Ehe gegeben, die dort auch von den Vertretern dieser Ansicht richtig erkannt und eingeordnet wird, so daß die von ihnen vorgenommene Unterscheidung als willkürlich und unverständlich anzusehen ist. Denn die Lage bei der anfechtbaren Ehe ist nahezu parallel: einziger Unterschied ist nämlich nur die Art der Geltendmachung der Anfechtbarkeit. Im Gegensatz zur Nichtigkeit kann die Aufhebungsklage mit der Scheidungsklage verbunden oder als Widerklage erhoben werden (§ 615 Abs. 1 und 2 ZPO), da aber in diesem Fall die Aufhebungsklage den Vorrang hat und die Scheidungsklage nur noch als hilfsweise gestellt zu betrachten ist,[1] spielt sich alles wie bei der Nichtigkeitsklage ab: hat die Aufhebungsklage Erfolg,

1) Vgl. § 18 1. DVO zum EheG; Baumbach-Lauterbach, ZPO, aaO, § 615 Anm. 1 A; Thomas-Putzo, ZPO, aaO, § 615 Anm. 1 b.

wird durch sie die Ehe aufgelöst, eine Scheidung ist nicht mehr möglich; wird sie abgewiesen, wird das Scheidungsverfahren fortgesetzt, so daß hier genauso wie bei einer fehlgeschlagenen Nichtigkeitsklage eine Scheidung wegen Ehebruches durchgeführt werden kann.

In beiden Fällen liegt es also jeweils in der Hand des Klageberechtigten, ob er den Nichtigkeits- oder den Anfechtungsgrund noch wirksam im Scheidungsverfahren geltend macht und damit sowohl eine Scheidung wie eine sich evtl. anschließende Bestrafung verhindert, oder ob durch die Unkenntnis bzw. ein Unterlassen es zur Scheidung wegen Ehebruches kommt, was eine nachträgliche Geltendmachung weiterer Gründe ausschließt. Schließlich fehlt bei dieser dargestellten Sachlage auch ein einleuchtender Grund dafür, warum nun ein Ehegatte, der jeweils den Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsgrund kennt und ihn nicht im Rahmen einer Klage oder sonst im Scheidungsverfahren vorbringt, sich in einer anfechtbaren Ehe des Ehebruches schuldig machen soll, während er im Falle einer nichtigen Ehe beliebig die Ehe brechen könnte, ohne eine Strafe wegen Ehebruchs erwarten zu müssen. Mangels begründeter Erklärung für die unterschiedliche Behandlung von vernichtbarer und anfechtbarer Ehe ist auch diese Ansicht abzulehnen.

d) Formell gültige Ehen

Aus den Argumenten der Ablehnung aller bisher erwähnten Ansichten folgt bereits, daß es zur Begründung der Strafbarkeit wegen Ehebruches ausreichen muß, wenn eine formell gültige Ehe durch außerehelichen Beischlaf verletzt wird, mag auch diese Ehe vernichtbar oder aufhebbar sein.[1)]

1) So die heute allgemein vorherrschende Ansicht: RGSt 8,277; RGSt 60,248; LK § 172 Anm. 2; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. I; Dalcke, § 172 Anm. 1; Maurach, BT S. 413; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 1 A; Mezger-

Wenn nämlich § 172 StGB auch oder nur die Ehe als rechtlich anerkannte und für den Staat wichtige Institution schützen soll und wenn aus den gleichen Gründen der Gesetzgeber im Interesse der Ehe als der Grundlage jeder rechtlichen und sozialen Ordnung selbst mangelhafte, d. h. vernichtbare oder anfechtbare Ehen solange als existent und von jedem zu beachten ansieht, als diese Ehen nicht durch ein rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt oder aufgelöst wurden, so bringt er damit deutlich zum Ausdruck, daß er jede tatsächlich bestehende und vom Recht- wenn auch nur vorerst - anerkannte Ehe geschützt wissen will. Auf Grund des staatlichen Interesses an den Ehen und im Hinblick auf die notwendigen klaren Verhältnisse gerade in Ehesachen hat er eben mit seiner Regelung zeigen wollen, daß zunächst alle Ehen als gültig anzusehen sind, wenn sie nur formgemäß geschlossen wurden, ohne Rücksicht darauf, ob sie eventuell später aus bestimmten Gründen wieder vernichtet werden könnten. Da es sich aber einer Ehe von außen nicht ansehen läßt, ob sie einmal beseitigt werden kann, liegt in einem Angriff auf eine solche Ehe eine ebenso schwere Mißachtung der staatlichen Eheinstitution wie bei einem Ehebruch in einer absolut gültigen Ehe, denn, wenn der Staat der Ehe wirklich so große Bedeutung beimißt wie er es durch die Einreihung unter die strafbaren Vergehen getan hat, dann hat jede Ehe bis zu ihrer rechtlich wirksamen Beseitigung einen Anspruch auf Achtung ohne Rücksicht auf das mögliche individuelle Urteil über die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der einzelnen Ehe. Dies folgt indirekt auch daraus, daß der Staat, wenn er eine vernichtbare Ehe (gleiches gilt erst recht für

---

Fortsetzung 1) S. 151:
Blei, BT S. 317, ebenso schon von der älteren Lehre: Oppenhof, § 172 Nr. 2; Ruedorff, § 172 Nr. 2; Rubo, LB S. 680; Schwarze, § 172 Note 1
sowie: Bock, S. 48-51; Cohn, S. 35/36; Freysoldt, S. 12; Hollesch, S. 69; Hörchner, S. 135; Kahn, S. 16; Pfeil, S. 57; Poppe, S. 22; Vogt, S. 71

eine anfechtbare Ehe) allein durch ein auf eine Nichtigkeitsklage erfolgendes Urteil beseitigen läßt, ohne daß die Nichtigkeit in irgend einer anderen Weise vor dieser gerichtlichen Erklärung vorgebracht werden darf, und damit diese Ehe rechtlich voll anerkannt, dann nicht auf der einen Seite von den Gatten gegenseitige Treue und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft fordern kann, wenn er solchen Ehen andererseits seinen Schutz versagen würde. Eine einmal geschlossene Ehe kann man dann wegen ihrer vielfältigen Wirkungen auch bei Vorliegen von Beseitigungsgründen nicht nachträglich so behandeln, als wenn sie niemals geschlossen wäre, weshalb das Gesetz bei den Folgen immer auf die Scheidung und ihrer ex-nunc-Wirkung verweist. Jeder Hinweis auf damit verbundene Unbilligkeiten oder Härtefälle geht fehl; denn sobald ein Gatte einen solchen Grund erfährt, gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit, daraus die Konsequenz zu ziehen und seine Ehe aufzulösen oder für nichtig erklären zu lassen und damit klare Verhältnisse zu schaffen; er wird also nicht gezwungen, am vorhandenen Zustand festzuhalten. Ist ihm aber ein solcher Grund, der vielleicht tatsächlich besteht, unbekannt oder sieht er keine Veranlassung, trotz Kenntnis dieses Grundes seine Ehe zu beseitigen, so ist - gerade auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus - nicht einzusehen, warum bei ihm, der sich ehelich noch für gebunden hält, sein außereheliches Verhalten anders beurteilt werden soll wie bei den übrigen Eheleuten, zumal er sowieso schon den Vorteil besitzt, im Scheidungsverfahren noch die Scheidung unter Hinweis auf einen solchen Grund zu verhindern, falls er diesen schon kannte oder während der Scheidung erfuhr.

Eine Minderheit dieser herrschenden und richtigen Lehre[1] will nun allerdings noch danach differenzieren, ob bei einer nichtigen Ehe deren Mängel noch geheilt werden kön-

---

1) Schönke-Schröder, § 172 Anm. 3; Lackner-Maassen, § 172 Anm. 2

nen oder unheilbar sind, und will nur im ersten Falle auch eine nichtige Ehe strafrechtlich anerkennen. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß bei unheilbaren Mängeln das öffentliche Interesse die alsbaldige Beseitigung der Ehe verlangt und daß dem die Anerkennung eines strafrechtlichen Schutzes widersprechen würde.

Für eine derartige Unterscheidung besteht jedoch kein Anlaß. Wie bereits ausgeführt, behandelt das Gesetz jede Ehe bis zu ihrer Beseitigung in gleicher Weise als vollgültig und gibt dem Einzelnen nur die Möglichkeit, seine Ehe bei Vorliegen entsprechender Gründe für nichtig erklären zu lassen. Dabei stellt das Gesetz nicht darauf ab, ob die Mängel heilbar sind oder nicht, so daß eine nachträgliche Berufung auf das öffentliche Interesse hier unangebracht erscheint, da diese Wertung bereits im EheG, welches insoweit für die zivilrechtliche Beurteilung der Wirksamkeit einer Ehe allein maßgebend ist, zum Ausdruck gebracht und nicht etwa dem Strafrichter zur Beurteilung überlassen wurde. Zudem käme nach dieser Ansicht eine Unsicherheit ins Spiel, die im Strafrecht nach Möglichkeit vermieden werden sollte; mangels Trennung im Gesetz kann der Berechtigte ja auch bei heilbaren Mängeln die Nichtigkeitsklage erheben und die Ehe dadurch beseitigen, während andererseits auch bei unheilbaren Mängeln der Berechtigte auf eine Geltendmachung verzichten kann, so daß dann der oben angegebene Zweck (baldige Beseitigung einer solchen Ehe) entfällt, da das Gesetz keine Nichtigerklärung kennt, die von Amts wegen erfolgt. Deshalb ist diese weitere Unterscheidung überflüssig und daher abzulehnen.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß nach § 172 StGB wegen Ehebruchs bestraft werden kann, wenn eine wenigstens formell gültig geschlossene Ehe verletzt wird.

III) Weitere Voraussetzungen für eine Bestrafung

1) Das Erfordernis einer Ehescheidung

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ist die Bestrafung wegen Ehebruches noch davon abhängig, daß deswegen die Ehe geschieden ist, d.h. eine Verurteilung ist nur bei Vorliegen eines Scheidungsurteils möglich. Wie aber dieses Erfordernis im Rahmen der Strafvorschrift eingereiht werden muß, darüber haben sich im Laufe der Zeit mehrere Meinungen herausgebildet, von denen allerdings heute nur noch zwei Ansichten vertreten werden, nämlich daß die Scheidung Strafbarkeitsbedingung oder Prozeßvoraussetzung darstelle. Der Vollständigkeit halber soll aber der gesamte Streitstand kurz aufgezeigt werden.

a) Die Scheidung als Tatbestandsmerkmal

Eine ältere Lehre[1] stellte die Behauptung auf, daß der Tatbestand des Ehebruches noch nicht mit dem Vollzug des außerehelichen Beischlafes erfüllt ist, sondern erst dann, wenn auch noch die Scheidung wegen Ehebruches erfolgt ist. Dabei beruft man sich auf die unmittelbare Beziehung, in der die Strafbarkeit und das Scheidungsurteil vom Gesetzgeber infolge der Aufstellung eines Konditionalsatzes ("wenn ... geschieden ist") gebracht wurde, womit zum Ausdruck gekommen sei, daß erst die Scheidung zusammen mit der Beischlafshandlung die Strafbarkeit begründen könne, weil dann das Gesetz nur den Ehebruch bestrafen will, der wegen der Scheidung für die Ehe tödliche Folgen hatte. Diese Meinung ist aber nicht aufrechtzuerhalten, da sie mit der Lehre vom Tatbestand unvereinbar ist. Denn - ohne auf die einzelnen Tatbestandslehren einzugehen - der Tatbestand umfaßt jedenfalls den Inbegriff

1) Schwarze, § 172 Anm. 2; Berner, LB S. 453 Anm. 1

seiner Merkmale, also sowohl die objektiven wie die subjektiven Voraussetzungen der Tat,[1] so daß nicht nur der objektive Tatbestand vorliegen muß, sondern auf subjektiver Seite auch ein auf Verwirklichung dieser objektiven Merkmale gerichtetes Wissen und Wollen des Täters. Auf den § 172 StGB angewendet müßte also, wenn die Scheidung zum Tatbestand gehören würde, nicht nur ein Kausalzusammenhang zwischen Beischlaf und Scheidung bestehen, vielmehr müßte die Scheidung auch noch vom Vorsatz des Täters umfaßt sein; für beides lassen sich aber keine überzeugenden Gründe anführen. Denn kausal für die Scheidung der Ehe ist ja nicht die Beischlafhandlung des Täters, sondern der selbständige Willensentschluß des verletzten Ehegatten, nun die Scheidungsklage zu erheben; allein bei diesem liegt es, ob es zur Scheidung und damit zur Erfüllung des Tatbestandes kommt oder nicht, so daß die Klageerhebung unabhängig von der Handlung des Täters ist und eine neue Kausalreihe eröffnet. Auch ein Vergleich mit § 226 StGB kann hier nicht weiterhelfen, weil auch dort der Erfolg wegen § 56 StGB zumindest fahrlässig verursacht sein muß, wobei auch noch dieser Erfolg von der Kausalität umfaßt werden muß, während oben beim Ehebruch die Scheidung durch eine neue Kausalitätsreihe ausgelöst wird. Gleiche Bedenken bestehen auch gegen die Erfüllung des subjektiven Tatbestands, der ja den Vorsatz des Täter auch bezüglich der Ehescheidung verlangt. Da aber der Täter in den allermeisten Fällen lediglich den Willen zum Beischlaf trotz Kenntnis der eigenen Ehe oder der seines Partners besitzt und nicht an die entfernte Möglichkeit einer Scheidung denkt, wäre der subjektive Tatbestand mangels entsprechenden Tätervorsatzes fast nie gegeben.

Schließlich sei auch noch auf den Widersinn hingewiesen, daß dann, wenn die Scheidung zum Tatbestand gehören würde, der verletzte Ehegatte als Auslöser der Ehescheidung

---

1) Vgl. etwa Schönke-Schröder, Anm. 39 vor § 1; Schwarz-Dreher, Anm. B II 1c vor § 1

nicht nur an dem letztlich auch gegen ihn begangenen Vergehen mitwirken müßte, sondern daß es sogar allein bei ihm läge, ob das Delikt des Ehebruches zur Vollendung gelangt oder nicht. Diese vorgebrachten Bedenken reichen aber aus, um die Theorie von der Scheidung als Tatbestandsmerkmal abzulehnen.

b) Die Scheidung als Bedingung der Strafbarkeit

Unter Vermeidung dieser Fehler erklärt daher ein Teil der Lehre[1] die Scheidung für eine Strafbarkeitsbedingung, also für einen äußeren, von der eigentlichen Handlung unabhängigen, hinzutretenden Umstand, so daß zwar das Delikt bereits mit dem Vollzug des Beischlafes beendet wird, der staatliche Strafanspruch dagegen erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils entstehen kann. Da diese Strafbarkeitsbedingung außerhalb des eigentlichen Tatbestandes als "Annex" steht, gehört sie nicht zu den Tatumständen, die vom Vorsatz umfaßt sein müssen, weshalb fehlende Kausalität und mangelnder Vorsatz nicht gegen die Annahme der Scheidung als Strafbarkeitsbedingung sprechen können; das Gesetz hat eben eine selbständige Strafvoraussetzung aufgestellt, um damit aus Zweckmäßigkeitsgründen die sonst bestehende allgemeine Strafbarkeit einschränken zu können.[2] Nach der Ausgestaltung des Gesetzgebers erscheint nach dieser Ansicht der Ehebruch nur strafbar, wenn deswegen auch die Ehe geschieden und damit festgestellt ist, daß diese Verletzung der Ehe ein weiteres Zusammenleben unmöglich macht. Weiter stützt man sich auf das Erfordernis der Identität des Ehebruches, der den Gegenstand der Scheidung

---

1) So heute: Schönke-Schröder, § 172 Anm. 7; Lackner, § 172 Anm. 3; Mezger-Blei, BT S. 317; Sauer, BT S. 584; Sauer in Mezger Festschrift, aaO, S. 120; Niethammer, BT S. 104.
Ältere Lehre: v.Liszt, S. 196,395; Meyer, LB S. 351 u. 982,987; Gerland LBS.507
sowie: Cohn, S. 39; Hörchner, S. 94; Wolff, S. 74.

2) Lackner, Anm. 4 vor § 51

und der strafrechtlichen Verfolgung bilden muß, sowie auf die Tatsache, daß eine Scheidung aus anderen Gründen nicht genügt; daraus soll sich ergeben, daß das Scheidungserfordernis wegen dieses Ehebruches nicht ein strafrechtliches Einschreiten in bestehende Ehen verhindern, sondern ein materielles Indiz für die Zerstörung der Ehe sein soll.[1)]

Eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre wird bereits dadurch erschwert, daß der Begriff der Strafbarkeitsbedingung heute keineswegs geklärt ist. Während der überwiegende Teil diese Bedingungen als außerhalb des Tatbestandes stehende Verbrechensmerkmale ansieht, die zwar Bestandteil des Gesamtgeschehens, nicht aber Teil der Handlung sind, jedoch für eine Bestrafung vorliegen müssen,[2)] halten sie andere für echte, aber inkongruente Tatbestandsmerkmale, auf die sich also nur der Vorsatz nicht zu erstrecken braucht;[3)] andere dagegen haben diesen Bedingungen überhaupt ihre Berechtigung abgesprochen und darauf hingewiesen, daß sie sich ohne weiteres entweder als Tatbestandsmerkmale oder als Prozeßvoraussetzungen einordnen lassen.[4)] Gerade für die Voraussetzung einer Scheidung zur Bestrafung des Ehebruches kann man die letztere Ansicht nur unterstützen; denn, wenn man schon anerkennt, daß diese Bedingungen nur zulässig sind, falls die tatbestandsmäßige Handlung als solche bereits einen echten Schuldvorwurf enthält,[5)] daß sie also nur aus außerstrafrechtlichen Gründen Voraussetzung der Strafbarkeit sind, daß von ihnen also nur das Strafbedürfnis, nicht die Strafwürdigkeit der Tat abhängt und sie auch für den Zeitpunkt der Vollendung der Tat gleichgültig sind,[6)] so

1) So Schönke-Schröder, aaO.
2) Maurach, AT S.214/215; Schwarz-Dreher, Anm. 5 vor § 51
3) LK S. 45; Rittler in: Festgabe Frank II S. 2
4) So etwa Bemmann, aaO, S. 52
5) Mezger-Blei, AT S. 113
6) Schönke-Schröder, Anm. 101-103 vor § 51

ist tatsächlich ihre unterschiedliche Bedeutung gegenüber den reinen Verfolgungsvoraussetzungen nur sehr gering. Dies wird vor allem noch dadurch erhärtet, daß all die übrigen, gewöhnlich als Strafbarkeitsbedingungen angeführten Regelungen (z.B. die Zahlungseinstellung bei den Konkursdelikten - §§ 239 ff KO - oder die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 113 StGB) bereits zur Zeit der Begehung der Tat vorliegen, so daß hier bereits deutlich wird, ob das Recht des Staates auf Bestrafung schon zur Entstehung gelangt ist oder nicht. Demgegenüber folgt beim Ehebruch die Scheidung der Ehe notwendigerweise nach Begehung der Tat, so daß das von der Bedingung abhängige Strafbedürfnis danach entschieden wird, ob der verletzte Ehegatte bereit ist, die Scheidungsklage zu erheben oder nicht. Wir finden dann den wohl etwas eigenartigen Rechtszustand vor, daß der an sich strafwürdige außereheliche Beischlaf bald strafbedürftig wäre und bald nicht und daß dies vom Belieben eines Dritten abhängt. Das ist aber genau die gleiche Lage, die bei den Antragsdelikten vorherrscht, d.h. bei Tatbeständen, die eindeutig strafwürdig und strafbedürftig sind, bei denen aber die Strafverfolgung, also die gerichtliche Aburteilung vom Antrag des Verletzten abhängt. Schon diese Ausführungen zeigen, wo der richtige Platz für die Einordnung des Scheidungserfordernisses ist.

Dazu kommen aber noch beachtliche praktische Gründe. Würde sich nämlich etwa in der Hauptverhandlung herausstellen, daß ein gültiges Scheidungsurteil nicht oder noch nicht vorliegt, müßte der Angeklagte im Strafprozeß freigesprochen werden, einer neuen Durchführung des Verfahrens nach Beseitigung des Mangels stünde der Grundsatz "ne bis in idem" entgegen. Bei einer Annahme der Scheidung als Prozeßvoraussetzung käme man dagegen zu einem sachgerechten Ergebnis, welches eher Rücksicht auf die Tatsache nimmt, daß ja bereits mit Vollendung des außerehelichen Beischlafes ein strafwürdiges Vergehen vorliegt: beim Fehlen

einer Prozeßvoraussetzung wird das Verfahren nur eingestellt (§ 206a StPO), kann aber nach Beseitigung des Mangels jederzeit wieder aufgenommen werden.

Die weiteren Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen auf den Antrag und die Verjährungsfrist sollen erst weiter unten dargestellt werden; wenn aber die Anhänger der Strafbarkeitsbedingungstheorie selbst einräumen, daß die Verjährungsfrist dann, wenn die Bedingung der Tathandlung nachfolgt, erst beginnt mit dem Eintritt der Bedingung, "da bis dahin die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung nicht bestanden hat"[1], so ist wirklich nicht einzusehen, warum man nicht gleich die Scheidung als Prozeßvoraussetzung ansehen soll.

c) Die Scheidung als Prozeßvoraussetzung

In Anbetracht der Tatsache, daß die Scheidung niemals zur Tatzeit in Betracht kommen kann, sondern notwendigerweise ihr immer nachfolgt, daß also vom Vorliegen der Scheidung die Einleitung des Strafverfahrens und der Erlaß eines Sachurteils abhängig ist, geht die überwiegende Meinung[2] davon aus, daß die Scheidung eben nur zur Strafverfolgung erforderlich ist, und ordnet deshalb das Scheidungserfordernis als Prozeßvoraussetzung ein.

Damit kommt auch zum Ausdruck, daß der Ehebruch als solche bereits ein strafwürdiges Vergehen darstellt und als außer

---

1) Mezger-Blei, AT S. 113

2) RGSt 22,137; Bemmann, aaO, S. 37; Maurach, BT S. 413; Maurach, AT S. 217; Welzel, S. 381; Petters, § 172 Anm. 2, LK, § 172 Anm. 7a; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. II; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 2; Dalcke, § 172 Anm. 2. Vgl. etwa auch von der älteren Literatur: Binding, LB I 222; Frank, § 172 Anm. III; Olshausen, § 172 Anm. 6; Rubo, LB S. 159, sowie: Bock, S. 62; Freysoldt, S. 24; Hohendahl, S. 83; Kahn, S. 27; Mainzer, S. 27; Metz, S. 9; Obermann, S. 61 ff; Pfeil, S. 69; Roesel, S. 111 ff; Vogt, S. 81, Peters, S. 22; Woehl, S. 49.

ehelicher Beischlafsvollzug sich als die vom Staat im öffentlichen Interesse zu ahndende Tat zeigt. Gerade bei einem Straftatbestand, der auf eine solch lange und abwechslungsreiche Geschichte zurückblicken kann wie der Ehebruch, kann die Tatsache nicht unberücksichtigt bleiben, daß in der ganzen historischen Entwicklung der Begriff des Ehebruchs und die Strafbarkeit dieses Aktes allein immer gleich geblieben sind. Wenn dann diese Strafvorschrift in ihrer heutigen Regelung eine relativ komplizierte Regelung erhielt, so wurde bereits eingangs bei der Behandlung des geschützten Rechtsgutes darauf hingewiesen, daß der Staat damit einen Kompromiß zwischen dem öffentlichen Interesse an der Bestrafung einerseits und dem privaten Interesse an möglichst großer staatlicher Zurückhaltung auf der anderen Seite schließen wollte. Nur diese Rücksichtnahme auf das Recht des Einzelnen, in seinem privaten Bereich in Freiheit seine Entscheidungen treffen zu können, veranlaßten den Gesetzgeber, erst dann von Amts wegen strafend einzugreifen, wenn er sicher sein konnte, daß dem staatlichen Anliegen bei der Ehepolitik, nämlich bestehende Ehen soweit möglich zu erhalten, nicht mehr Genüge getan werden konnte.

Wenn aber das Gesetz vor einer endgültigen Trennung der Ehe die an sich bereits strafbare Tat noch nicht aburteilen will, um eben bestehende Ehen zu schonen, so kann dies deswegen aufgestellte Erfordernis nur als Voraussetzung der strafrechtlichen Verfolgung, als prozessuale Vorbedingung betrachtet werden. Es wäre auch verfehlt, aus dem Vorhandensein des Antragserfordernisses den weiteren Schluß zu ziehen, dies würde bereits zur Rücksichtnahme genügen, so daß die Notwendigkeit einer Scheidung überflüssig wäre und deshalb einen anderen Zweck erfüllen müßte. Denn der Antrag allein stellt nur auf den betroffenen Ehegatten ab, ob er überhaupt das ihm angetane Unrecht auch strafrechtlich verfolgt wissen will, er allein könnte jedoch unabhängig vom weiteren Schicksal der verletzten Ehe

gestellt werden. Da es aber den Staat in erster Linie um die Ehe als solche geht und nicht um die persönliche Verletzung des betroffenen Ehegatten, ist für den Gesetzgeber der Nachweis der tatsächlich ehezerstörenden und -vernichtenden Wirkung nur mit der endgültigen Auflösung der Ehe erbracht. Gleichzeitig soll mit diesem Beweis auch verhindert werden, daß der verletzte Gatte zwar bereit ist, die Ehe trotz des Fehltritts seines Partners mit diesem fortzusetzen, ihm aber andererseits durch Stellung eines Strafantrages und einer darauf folgenden Verurteilung einen "Denkzettel" zu verabreichen, weil dadurch einmal der Staat entgegen seinem Grundsatz doch strafrechtlich in bestehende Ehen eingreifen würde und somit die Gefahr eines Scheiterns der Ehe erneut heraufbeschwören würde, zum anderen wäre dann das staatliche Eingreifen wirklich nur ein "Handlangerdienst" für den rachsüchtigen Ehegatten. Die Schwierigkeit bei einer öffentlichen Ahndung des Ehebruches verlangt eben besondere Vorkehrungen des Staates, um wirklich sein Einschreiten hier im Allgemeininteresse rechtfertigen zu können, wozu es notwendig ist, eine strafrechtliche Verfolgung hier einmal von zwei Voraussetzungen abhängig zu machen.

Daß das Gesetz dann beide Erfordernisse in verschiedene Absätze eingereiht hat, ist lediglich auf die gesetzgeberische, übliche Technik zurückzuführen, das Antragserfordernis als Charakteristikum der Antragsdelikte in einem gesonderten Absatz aufzuführen. Auch die unterschiedliche Bezeichnung bei § 172 StGB ("Bestrafung" bei der Scheidungsvoraussetzung bzw. "Verfolgung" beim Antragserfordernis) bringt keine innere wesentliche Verschiedenheit der beiden Voraussetzungen zum Ausdruck,[1] sondern beachtet dabei nur die sonst im StGB für Antragsdelikte übliche Terminologie.

---

1) RG St 7, 298

Dies entspricht auch allein der in der Vorgeschichte der Entstehung des § 172 StGB sich zeigenden "ratio legis", wie sie auch in den Motiven niedergelegt wurde.[1] Zwar darf den Motiven keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden, weil jedes Gesetz aus sich heraus verständlich sein soll, zusammen mit den anderen vorgebrachten Gründen können sie jedoch die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht dadurch erhärten, daß dieser "wenn"-Satz lediglich in einer neuen sprachlichen Formulierung die bisherige Einordnung der Scheidung als Verfolgungsbedingung fortführen wollte.

Letztlich wird noch gegen diese Theorie eingewendet, daß es dann unverständlich wäre, wenn der Staat gerade Scheidung wegen desselben Ehebruches verlangte, wo es doch genügen müßte, daß die Ehe auch aus sonstigen Gründen aufgelöst wäre und sonst keinen Gegenstand der Rücksichtnahme für den Staat bilden würde. Doch läßt sich auch dieses Identitätserfordernis nur aus dem staatlichen Zweck des Eingreifens beim Ehebruch erklären: gemäß der strafrechtlichen Tradition gilt eben nur der außereheliche Beischlaf, nicht sonstiges ehewidriges Verhalten als Tatbestand des Ehebruches; dem würde es aber widersprechen, wenn nun indirekt auch dieses Verhalten dadurch bestraft würde, daß man eine deswegen erfolgte Scheidung ausreichen ließe, wenn nur ein strafbarer Ehebruch vorläge, mag auch dieser nicht Anlaß zur Scheidung gewesen sein. Die Identitätsnotwendigkeit wird auch deswegen gerechtfertigt, weil nur so sichergestellt werden kann, daß damit die Tatsachen, die etwa - wie Einwilligung, Verzeihung - dem begangenen Ehebruch die Wirkung eines gültigen Scheidungsgrundes nehmen, auch im Scheidungsverfahren geltend gemacht und wirksam werden können, weil sie nur dort Berücksichtigung finden. Sonst käme man zu dem Ergebnis, daß eine Scheidung wegen Ehebruches auf Grund einer geltend

---

1) nähere Einzelheiten z.B. bei Metz, S. 8-11 und Roesel, S. 113 - 117

gemachten Verzeihung nicht möglich wäre und damit auch wegen dieser mittelbaren Einwirkung auf das Strafrecht eine strafrechtliche Verfolgung ausscheiden müßte, daß aber eine Bestrafung doch noch erreicht werden könnte, wenn die Ehe aus anderen Gründen geschieden würde, weil im Strafverfahren dann die Verzeihung unberücksichtigt bliebe. Dies aber wollte gerade das Gesetz mit seiner Forderung nach Identität des der Scheidung und dem Strafverfahren zugrundeliegenden Ehebruches verhindern. Nur so läßt sich auch die Strafwürdigkeit der Tat aufrechterhalten, nach der eben nur solch ein Verhalten bestraft werden soll, das auch das Ende der Ehe zumindestens mitverursacht hat, sonst würde man nämlich etwas bestrafen, was gar nicht der Grund für das endgültige Scheitern der Ehe war, womit dann der Staat seine angegebenen Gründe für eine Bestrafung des Ehebruches selbst aufgeben würde.

Schließlich kann auch nicht als Gegenargument vorgebracht werden, daß bei dieser Einordnung der Scheidung dann eine nicht verfolgbare Handlung strafbar wäre. Daß eine solche Lage dem Gesetz nicht fremd und damit nicht widersinnig ist, zeigen alle Antragsdelikte, bei denen die gleiche Situation vorliegt. Dieser Umstand einer strafbaren, aber nichtverfolgbaren Handlung muß eben überall da in Kauf genommen werden, wo staatliche und private Interessen miteinspielen und der Staat sich mit Rücksicht auf den Vorrang des Einzelnen Zurückhaltung auferlegt.

Nur der Vollständigkeit halber seien noch zwei Sonderansichten erwähnt, die jedoch heute zu Recht keine Anhänger mehr finden. Nach der einen Meinung[1] stellt die Scheidung eine Bedingung der Bestrafung dar, d.h. die Verfolgung wegen der Tat kann bereits mit Antragstellung beginnen, eine Verurteilung bzw. eine Vollstreckung ist dagegen erst möglich, wenn eine rechtskräftige Ehescheidung vorliegt. Abge-

1) Conrad, GA 35, 24

sehen von der Unklarheit, ob nun das Urteil oder die Vollstreckung von der Scheidung abhängt, gelten hier die obigen Bedenken im verstärkten Maße. Da es nämlich vollkommen ungewiß ist, ob es zu einer Scheidung kommt, erscheint eine derartige Verurteilung völlig sinnlos, da ja bei Nichterhebung der Scheidungsklage das ganze Verfahren gegenstandslos wird. In solch großem Umfange kann aber der Staat sich als Strafrichter nicht vom Belieben des einzelnen abhängig machen, wenn er seine Glaubwürdigkeit nicht verlieren will. Daß mit solcher "Verurteilung auf Verdacht" auch in unzulässiger Weise in bestehende Ehen eingegriffen wird, ist selbstverständlich. Reines Festhalten am Wortlaut ("bestraft") darf nicht zu Konstruktionen führen, die mit dem gesetzgeberischen Zweck unvereinbar sind. Gleiche Ablehnung verdient die andere Meinung,[1] daß die Scheidung zwar Prozeßvoraussetzung sei, die Tatsache der Scheidung wegen des konkreten Ehebruches aber Bedingung der Strafbarkeit wäre. Für diese Unterscheidung gibt der Gesetzeswortlaut nun tatsächlich nichts mehr her, wobei auch unklar bleibt, was mit dieser Differenzierung bezweckt sein soll, zumal dann einmal Einstellung und einmal Freispruch erfolgen müßte. Wenn man sich die Entwicklung der Strafvorschrift des § 172 vor Augen hält und die Zwecke berücksichtigt, die den Staat zu einem Einschreiten wegen dieser Tat bewegen, so erscheint allein die Einordnung der Ehescheidung als Prozeßvoraussetzung vertretbar.

2) Die Ausgestaltung der Scheidungsvoraussetzung

a) Keine Ausweitung des Scheidungsbegriffes

Der Gesetzeswortlaut des § 172 StGB läßt ausdrücklich eine Strafverfolgung wegen Ehebruches nur dann zu, wenn die Ehe geschieden ist. Über diese eindeutige Bestimmung kann man

1) Stein, Das private Wissen des Richters, aaO, S. 126 Note 55

sich nicht hinwegsetzen, so daß die Ansicht[1], nach der ausnahmsweise eine Verfolgung allein gegen den Mitschuldigen dann auch ohne vorausgehende Ehescheidung möglich sein soll, wenn der beteiligte Ehegatte an der Tat schuldlos war, wegen klaren Verstoßes gegen das Gesetz und damit auch wegen Nichteinhaltung des Art. 103 Abs. 2 GG abzulehnen ist.

Für diese Meinung fehlen jegliche Gründe, sie kann sich allein auf Billigkeitsgesichtspunkte berufen, die aber ebenfalls nicht stichhaltig sind. Denn ein Strafbedürfnis wegen Ehebruches besteht in solchen Fällen gar nicht: war nämlich der Ehegatte am außerehelichen Beischlaf nicht schuldig, so liegt in den meisten Fällen auf Seiten des Mitschuldigen entweder ein Verbrechen der schweren Unzucht (§ 176 StGB) oder der Notzucht (§ 177 StGB) vor, die beide mit wesentlich höheren Strafen geahndet werden als der Ehebruch selbst, so daß keine Notwendigkeit ersichtlich ist, den Mitschuldigen nun auch einer Ehebruchsstrafe noch zuzuführen, was aber nur unter Mißachtung des Gesetzeswortlautes möglich ist. Dieser Ausnahmekonstruktion kann daher nicht gefolgt werden, eine Bestrafung ist nur nach vorausgegangener Ehescheidung wegen Ehebruches möglich.

Einige Zweifel und Fragen treten weiterhin in besonderen Fällen auf, die sowohl auf die Beschaffenheit der Ehe ausstrahlen wie auch hier von Bedeutung sind, da sie die alte Ehe in gewissem Umfange beeinflussen, so daß sie eventuell auch als eine Art Scheidung betrachtet werden können und deshalb hier behandelt werden. Es geht hierbei um die Doppelehe, die Todeserklärung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die ja nunmehr unserem Rechte unbekannt ist.

---

1) Heute nur noch Welzel, LB S. 381; ebenso früher LK, 6./7. Auflage, § 172 Anm. 7b und Binding I 223.

Was die Doppelehe anbelangt, gibt das Gesetz selbst die Antwort. Nach § 20 EheG ist die neu eingegangene zweite Ehe nichtig, so daß sie an der Gültigkeit der ursprünglichen, noch bestehenden alten Ehe nichts ändern kann, da die Eingehung ausdrücklich in § 5 EheG verboten ist. Das bedeutet also, daß die ursprüngliche Ehe - ihre Gültigkeit vorausgesetzt - noch besteht, deshalb auch gebrochen werden kann, was in der Regel bereits mit Eingehung der zweiten Ehe der Fall sein wird, so daß nach Scheidung der ersten Ehe wegen Ehebruches auf Antrag hin eine Strafverfolgung gegen den "doppelt verheirateten" Ehegatten auch nach § 172 möglich ist.

Ansonsten gab es aber um den Ausdruck "Scheidung" Meinungsverschiedenheiten, weil einige davon ausgingen, dieser Begriff soll jede gerichtliche Trennung der Ehe bzw. jede Auflösung umfassen, während andere sich auf die Abhängigkeit der Bestrafung von der zivilrechtlichen Ehescheidung beriefen und deshalb die Identität beider Begriffe daraus folgerten. Aktuell war diese Streitfrage bei der nach früherem Recht möglichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575 BGB).[1] Der eine Teil verwies dabei auf die auch bei der Aufhebung eintretenden Wirkungen der Scheidung, wonach auch hier die Ehe nicht mehr erhaltenswert sei, so daß auch die Aufhebung für § 172 StGB ausreichen soll; dagegen brachten die anderen - wohl zu Recht - vor, daß sich die Aufhebung erheblich von der Scheidung unterscheiden würde, weil ja das Band dann noch nicht gelöst sei, wobei § 1586 I BGB a.F. (Verbot der Eingehung einer neuen Ehe) und § 1587 a.F. BGB (formlose Wiederherstellung der Ehe nach Aufhebung möglich) angeführt wurden. Nach dieser richtigen Ansicht käme es nur zu einer Bestrafung, wenn nach einer Aufhebung die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt würde, dann einer die Ehe

---

1) Vgl. dazu die ausführliche Darstellung des Streitstandes bei Hörchner, S. 78-81 und S. 140-151 sowie bei Roesch, S. 81-84 und S. 89/90.

brechen würde, und nunmehr der andere auf Scheidung klagen und nach Verurteilung Strafantrag stellen würde, ein in der Praxis wohl kaum vorkommender Fall. Zu Recht lehnte daher die überwiegende Meinung eine Gleichstellung der Aufhebung mit der Scheidung ab, da der, der das Band endgültig lösen wollte, sich jederzeit scheiden lassen konnte.

Als letztes bleibt damit noch der Fall übrig, daß ein Gatte für tot erklärt wurde, der andere mit einem Dritten geschlechtlich verkehrt. Diese gerade nach dem letzten Weltkrieg häufig vorkommende Situation läßt sich jedoch ebenfalls auf Grund der gesetzlichen Regelung lösen, ohne daß deswegen am Scheidungserfordernis etwas geändert werden müßte. Dabei zeigt sich nämlich, daß die Behandlung der Todeserklärung eigentlich mehr ein Vorsatzproblem ist als etwa eine Frage der Auflösung der Ehe. Liegt eine Todeserklärung nach § 2 VerschG vor und vollzieht der Überlebende mit einem Dritten den außerehelichen Beischlaf, so bleibt er, falls der andere Gatte doch noch am Leben sein sollte, mangels Vorsatzes straflos. Etwas anderes gilt nur, wenn er etwa positiv wüßte, daß sein für tot erklärter Ehepartner leben würde, da dann nämlich die bloße Vermutungswirkung des § 9 Abs. 1 Satz 1 VerschG widerlegt wäre und sich daher am Bestand der alten Ehe nichts geändert hätte. Geht der Überlebende aber nach der Todeserklärung eine neue Ehe ein, dann ist im Normalfall auch bei Fortleben des anderen Gatten die frühere Ehe aufgelöst (§ 38 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EheG), sie kann nicht mehr gebrochen und auch nicht mehr geschieden werden, so daß im Verkehr mit dem neuen Partner kein Ehebruch mehr gesehen werden kann. Eine Ausnahme gilt nur, wenn beide Gatten der neuen Ehe wußten, daß der Toterklärte in Wirklichkeit noch lebt, weil dann die neue Ehe nichtig ist (§ 38 Abs. 1 EheG), die Lage ist dann gleich der bei Eingehung einer Doppelehe, so daß die alte Ehe noch fortbesteht und deshalb auch wegen Ehebruches noch geschieden

werden kann. Gerade bei dieser gesetzlichen Regelung bzgl. einer Todeserklärung beweist der Staat erneut die Richtigkeit der Ansicht, daß in erster Linie nicht das eheliche Treuerecht, sondern die staatliche Institution der Ehe geschützt ist, weil sonst nämlich die Auflösung der alten Ehe bei Bösgläubigkeit des Überlebenden unverständlich wäre.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, daß nur die Ehescheidung im Sinne des Zivilrechtes (§§ 41 ff EheG) die Strafverfolgungsvoraussetzung nach § 172 StGB abgibt.

b) Die Behandlung der Scheidung im Strafverfahren

Das Gesetz läßt in § 172 StGB nicht allgemein ein vorausgehendes Scheidungsurteil genügen, es verlangt vielmehr die Scheidung wegen des gleichen Ehebruches, der nun auch zur strafrechtlichen Aburteilung kommen soll. Selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, daß diese Scheidung in einem rechtskräftigen Gerichtsurteil ausgesprochen wurde, so daß etwa im Falle eines Todes des untreuen Ehegatten vor Eintritt der Rechtskraft die Voraussetzung für ein Strafverfahren fehlt, weil dann die Ehe nicht durch die Scheidung, sondern bereits durch den Tod aufgelöst wurde. Auf der anderen Seite genügt es aber, wenn der zu ahndende Ehebruch zwar noch nicht in dem die Trennung aussprechenden Scheidungsurteil, dafür aber in dem die Berufung zurückweisenden Urteil zweiter Instanz als Ehescheidungsgrund festgestellt ist, da die rechtlich maßgebenden Gründe letztlich aus der in Rechtskraft übergegangenen Entscheidung des Berufungsgerichtes zu entnehmen sind, ebenso reicht es aus, wenn die Scheidung wegen Ehebruches erst auf die Widerklage des einen Teiles hin ausgesprochen wurde.[1] Entscheidend ist also immer die Rechtskraft der Scheidung, die auch in einem Teilurteil entstehen kann, weshalb ein Ehebruch, wegen dessen auf Scheidung derselben

1) RG St 21,21 (22); RG St GA 37,293

Ehe durch Schlußurteil erkannt ist, nicht mehr verfolgt werden kann, weil die Ehe bereits durch Teilurteil rechtskräftig geschieden wurde und damit beide nicht mehr verheiratet sind.[1)]

Erforderlich ist also die rechtskräftige Scheidung wegen des konkreten Ehebruches, deshalb muß die Ehe wirklich geschieden sein, ohne Rücksicht darauf, ob sie tatsächlich deswegen hätte geschieden werden können oder nicht, was ja bei Vorliegen von Ausschlußgründen (z.B. Einwilligung, Verzeihung, Fristablauf) möglich wäre.[2)] Nötig ist also die Angabe des Ehebruches als Grund für das Scheidungsurteil, so daß eine Scheidung aus sonstigen Gründen (§§ 43 ff EheG) oder wegen eines anderen Ehebruches nicht ausreicht, selbst wenn der zu bestrafende Ehebruch in jenem Prozeß unter Beweis gestellt und über ihn Beweis erhoben würde,[3)] ja ungenügend wäre sogar die Anführung des ehebrecherischen Umgangs im Urteil, wenn die Scheidung aus anderen Gründen erfolgen würde.[4)] Dagegen ist es aber unschädlich, wenn das Scheidungsurteil sich neben dem konkret angeführten Ehebruch noch auf andere rechtfertigende Tatsachen stützt und etwa außer dem Ehebruch der Klage auch wegen Mißhandlungen des anderen Teiles stattgibt, weil in diesem Falle der Ehebruch selbständiger Scheidungsgrund bleibt.[5)] Darüber hinaus werden aber keine weiteren Anforderungen an das zivilrechtliche Scheidungsurteil gestellt, insbesondere muß es nicht notwendig die Person des Ehebrechers oder der Ehebrecherin enthalten; § 624 ZPO verlangt die Nennung nur, wenn allein wegen Ehebruchs geschieden ist und das Gericht von der Person des Mitschuldigen überzeugt ist,[6)]

---

1) RG St 38, 173
2) RG St 14,203; LK, § 172 Anm. 7a
3) Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 2 B
4) RG St 25,200; LK, § 172 Anm. 7a
5) RG St 6,335; RG St GA 37,292 (293)
6) Thomas-Putzo, ZPO, Anm. zu § 624

während das Gericht den Nachweis außerehelichen Verkehrs auch auf andere Weise ohne Kenntnis der Person des Dritten erlangen könnte.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich bereits für die Bindung des Strafrichters hinsichtlich des Scheidungsurteils, daß diese nur bezüglich der Tatsache der rechtskräftigen Scheidung als Prozeßvoraussetzung besteht, der Strafrichter also nicht mehr die Richtigkeit der Scheidung nachprüfen muß, wenn er das Vorliegen eines formell gültigen und rechtskräftigen Scheidungsurteils festgestellt hat.

Im übrigen aber hat der Strafrichter das Vorliegen des Ehebruchs selbst und seiner daran beteiligten Personen als Tatbestandsmerkmal des § 172 StGB selbständig nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften zu prüfen, weil er sich selbst von der Tat und den Tätern die zur Verurteilung notwendige Überzeugung verschaffen muß.[1)]

Er kann also trotz der Tatsache, daß der Ehebruch im Scheidungsprozeß für erwiesen angesehen wurde, auf Grund der Beweisaufnahme im Strafverfahren zum Ergebnis kommen, daß kein Ehebruch vorgelegen habe wie er auch umgekehrt etwa einen anderen als Mitschuldigen verurteilen kann als den, der im Scheidungsurteil genannt ist, es können sich Personen als mitschuldig herausstellen, die im Eheprozeß nicht berücksichtigt wurden.[2)] Ebenso kann das Strafgericht andere Gründe zum Nachweis des außerordentlichen Beischlafes seiner Überzeugung zugrundelegen als sie das Scheidungsgericht zur Urteilsbegründung verwendete, wie auch eine andere rechtliche Würdigung der Tat - etwa statt eines Ehebruches eine fortgesetzte Handlung - möglich ist.[3)] Wurde eine Person als Ehebrecher im Scheidungsurteil nicht genannt, so hindert dies den

---

1) RG St GA 37, 292
2) RG Annalen 9,387
3) KG GA 69,450

Strafrichter nicht, den Täter im Strafprozeß zu ermitteln, weil das Zivilgericht beispielsweise den Nachweis des Ehebruches an Hand einer Krankheit oder Schwangerschaft führen kann ohne Rücksicht auf den Täter, dieser aber nachträglich im Strafverfahren festgestellt werden kann.[1] Maßgebend ist eben nur, daß die Täterschaft an dem Ehebruch nachgewiesen wird, aus dem die Scheidung erfolgt, so daß das Gericht etwa auch einen anderen Ehebruchsfall als den im Eröffnungsbeschluß angeführten mit zur Aburteilung heranziehen kann.[2]

Keine Besonderheit tritt bei der Behandlung des Doppelehebruches auf. Hier können ohne weiteres beide Ehebrecher strafrechtlich verfolgt werden, selbst wenn nur die Ehe eines Teiles geschieden ist, denn der andere, der von seinem Partner noch nicht geschieden wurde, ist auf jeden Fall Mitschuldiger am Ehebruch des anderen und kann in dieser Eigenschaft zur Verantwortung gezogen werden, vorausgesetzt, es liegt auch ein entsprechender Antrag gegen ihn vor.[3]

Sollte die Scheidung wegen mehrerer Ehebrüche mit verschiedenen Personen erfolgt sein, so erfüllt jeder Ehebruch als Scheidungsgrund einzeln die Voraussetzung des § 172 StGB; welche Fälle und damit auch welche Täter zur Aburteilung kommen, richtet sich dann nach dem Antrag des verletzten Ehegatten.

3) Die Notwendigkeit eines Strafantrages

a) Regelung des Antragsrechtes

Kraft ausdrücklicher Bestimmung in § 172 Abs. 2 StGB wird der Ehebruch nur auf Antrag hin verfolgt. Damit stellt

---

1) Schönke-Schröder, § 172 Anm. 7

2) OLG Dresden GA 60, 149

3) Schönke-Schröder, § 172 Anm. 7; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 2 A; LK, § 172 Anm. 7a

diese Strafvorschrift ein Antragsdelikt dar; dementsprechend ist der Antrag auch eine reine Prozeßvoraussetzung, d.h. eine Verfahrensregel, die zur Einleitung eines Strafverfahrens und zum Erlaß eines Sachurteils vorliegen muß. Er beeinflußt also in keiner Weise das Unrecht noch die Strafwürdigkeit der Tat, sondern berührt allein die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung dieses Vergehens. Deshalb verdient die Abhängigkeit staatlichen Einschreitens von einem privaten Strafantrag nur dort Anerkennung, wo dieser Verletzte auch wirklich ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung gewisser Vorgänge hat, weil er das ihn betreffende Geschehen nicht auch noch in einem Strafverfahren verhandelt wissen will, wodurch letztlich auch er wieder in Mitleidenschaft gezogen wird.[1] Zum Ehebruch erfolgt die Rechtfertigung hierfür aus der bereits oben beim Rechtsgut erwähnten Tatsache, daß neben dem hauptsächlichen Rechtsgut der staatlichen Eheinstitution auch der betrogene Ehegatte mit angegriffen wird, der damit auch eine gewisse Rücksichtnahme verdient, zumal die Verhandlung über den Ehebruch zumeist die innersten und intimsten Bereiche seines Zusammenlebens berühren wird.

Damit ist auch klargestellt, daß als Verletzter nur der betroffene Ehegatte in Frage kommt, so daß nur er zur Antragstellung berechtigt ist, eine Übertragbarkeit scheidet wegen der höchstpersönlichen Natur des Antrages aus. Eine Ausnahme von dieser Regel kann sich aber dann ergeben, wenn der verletzte Gatte noch minderjährig ist, was ja der Eingehung einer Ehe nicht entgegenstehen muß (vgl. §§ 1 Abs. 2, 3 EheG). Dabei ist zunächst davon auszugehen, daß im Strafrecht das selbständige Recht zur Stellung eines Strafantrages nicht von der vollen Geschäftsfähigkeit abhängt, sondern jedem Verletzten mit der Vollendung seines 18. Lebensjahres eingeräumt wird (§ 65

---

1) Maurach, AT S. 217 und 790; Mezger-Blei, AT S. 334

Abs. 1 Satz 1 StGB).

Das bedeutet also, daß im Alter zwischen 18 und 21 Jahren sowohl der verletzte Ehegatte wie auch sein gesetzlicher Vertreter zur Antragstellung befugt sind (§ 65 Abs. 1 Satz 2 StGB), wobei beide Rechte hinsichtlich Fristbeginn, Rücknahme, Verzicht etc. selbständig nebeneinander bestehen, selbst wenn der gesetzliche Vertreter etwa gegen das ausdrücklich geltend gemachte Interesse des Vertretenen handelt.[1] Daß letzteres natürlich sehr unerfreulich ist und dem Wesen eines Antragsdeliktes, das seine Begründung in der Rücksichtnahme auf den Verletzten findet, an sich widerspricht und damit auch gegen den bei § 172 StGB mitberücksichtigten Grundsatz der Erhaltung der Ehe verstößt, bedarf keiner näheren Erläuterung. De lege ferenda sollte man doch bedenken, daß man nicht auf der einen Seite einem Minderjährigen die Eingehung einer Ehe gestatten kann mit allen Konsequenzen, ihm dann aber bezüglich der Einsichtsfähigkeit in Eheverletzungen wieder den gesetzlichen Vertreter vorschalten kann, so daß dieser auch entgegen dem Willen des Gatten den anderen Partner strafrechtlich verfolgen lassen kann; eine Beschränkung des Antragsrechtes auf den minderjährigen Ehegatten allein wäre daher wünschenswert, ist aber bei der derzeitigen klaren gesetzlichen Regelung nicht durchzuführen. Die gleichen Überlegungen gelten auch für Ehen zwischen noch jüngeren Partnern unter 18 Jahren. Da in aller Regel dann die Eltern die gesetzlichen Vertreter sind, müssen bei bestehender Ehe beide Eltern den Strafantrag stellen, wobei es aber auch genügt, wenn ein Teil mit Zustimmung des anderen dies durchführt.[2] Sind der oder die gesetzlichen Vertreter aus bestimmten Gründen (etwa wegen Tatbeteiligung) von der Vertretung ausgeschlossen, so kann dem Verletzten zur Antragstellung ein Pfleger be-

---

1) BGH St 6, 155; Schwarz-Dreher, § 65 Anm. 1 B

2) BGH Fam RZ 60,157; BayObLG NJW 1956, 521; Bay ObLG JR 61,72

stellt werden.[1] Weil es sich immer nur um die Ausübung eines sachlich dem Verletzten zustehenden Rechts handelt, verliert der Vertreter die Befugnis mit dem Tode des Verletzten bzw. mit dem Eintritt der Volljährigkeit.[2]

Für den Antrag selbst gelten keine Besonderheiten; wie jeder andere auch muß er das unzweideutige Verlangen auf Strafverfolgung erkennen lassen[3] und darf als Prozeßhandlung nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden.[4] Seit dem Wegfall des § 63 StGB[5], der die Unteilbarkeit des Antrages vorsah, kann der Verletzte nach seinem Willen den Antrag gegen beide Ehebrecher richten oder auf einen Teil (z.B. den unverheirateten Partner des treulosen Ehegatten) beschränken (Grundsatz der persönlichen Beschränkbarkeit des Antrages), so daß nur der strafrechtlich verfolgt wird, den der verletzte Gatte bestraft wissen will.[6] Da das Gesetz in § 172 StGB eine Rücknahme des Antrages nicht vorsieht, ist diese beim Ehebruch wegen § 64 StGB ausgeschlossen.

Eigens soll noch auf das Antragsrecht beim Doppelehebruch eingegangen werden. Hier kommen eben beide verletzten Ehegatten als Berechtigte in Frage, falls auch die andere Voraussetzung der Scheidung beider Ehen gegeben ist, ansonsten kann nur der den Antrag stellen, dessen Ehe geschieden wurde.[7] Das hat aber hinsichtlich der Bestrafung keine weitere Auswirkung: nötig ist der beiderseitige Antrag nicht, weil ja bereits ein Antrag ausreicht, um die Bestrafung des anderen hier ebenfalls verheirateten Ehebrechers als Mitschuldigen herbeizuführen; andererseits darf auch eine von beiden Verletzten erfolgte Antragsstel-

---

1) Schönke-Schröder, § 65 Anm. 6

2) Schwarz-Dreher, § 65 Anm. 1 Ba; Schönke-Schröder, § 65 Anm. 7

3) BGH GA 1957,17

4) Maurach, AT S. 791

5) Durch Art. 3 Strafrechtsangleichungs-VO vom 29. Mai 1943

6) Maurach, AT S. 791 und BT S.414; LK, § 172 Anm. 7b

7) LK,§172 Anm.7b; Schwarz-Dreher,§ 172 Anm.3;Mezger-Blei, BT S. 317.

lung wegen des Grundsatzes "ne bis in idem" (Art. 103 Abs. 3 GG) nicht zu einer Doppelbestrafung der beiden Schuldigen führen, so daß im Falle einer Aburteilung auf den Antrag eines Verletzten hin der andere mit seinem Antrag ausgeschlossen bleibt, wie auch umgekehrt etwa auf Einstellung des Verfahrens beim ersten Antrag eine Erhebung durch den anderen Verletzten noch möglich ist.

Haben beide Ehegatten ihre eigene Ehe verletzt, so können sie dann beide Strafantrag stellen, wenn der beiderseitige Ehebruch als Scheidungsgrund festgestellt ist, was meistens durch Klage und Widerklage geschieht (§ 52 Abs. 2 EheG), aber auch auf bloßen Antrag hin ausgesprochen werden kann. (§ 52 Abs. 3 EheG).

b) Möglichkeit eines Ausschlusses des Antragsrechtes

Unabhängig von der ablehnenden Stellungnahme zu einem Rechtswidrigkeitsausschluß bei Vorliegen bestimmter Umstände wie Einwilligung, Verzeihung oder Teilnahme des verletzten Gatten, die aus Gründen eines Angriffes gegen eine staatliche Einrichtung erfolgte, muß diese Frage noch gesondert auch beim Recht des Strafantrages untersucht werden. Da nämlich sich das Vergehen des Ehebruches sowohl gegen den Staat wie auch gegen den einzelnen betroffenen Gatten richtet, wäre es durchaus möglich, daß etwa eine Einwilligung zwar nicht die Strafbarkeit der Tat, dafür aber das Antragsrecht ausschließen könnte, zumal ja dieses nur mit Rücksicht auf die persönlichen Interessen des Verletzten ihm eingeräumt wurde.[1] Begründet wird dies damit, daß darin dann ein von vornherein erklärter Verzicht auf eine Strafverfolgung und damit auf eine Antragsstellung zu sehen ist. Im Falle einer Einwilligung könne dann von einer "Verletzung" des ande-

1) Dafür etwa: Meyer, aaO, S. 471; Anm. 13; Wachenfeld, LB S. 455 Anm. 3, Bock, S. 74/75, Mainzer, S. 30

ren Ehegatten nicht mehr gesprochen werden, die Tat richte sich jetzt allein noch gegen die staatlichen Interessen, die Zulassung eines Antrages wegen öffentlicher Interessenverletzung verstiße aber gegen den Grundgedanken der Antragsdelikte. Zusätzlich beruft man sich dabei auf Billigkeitserwägungen, nach denen es rechtlich unbefriedigend wäre, wenn ein Gatte, der etwa mit der Tat einverstanden wäre oder sogar noch als Teilnehmer bei ihrer Durchführung mitgewirkt hätte, dennoch Strafantrag stellen und unter Umständen sogar dadurch seine eigene Strafverfolgung wegen der Teilnahme in die Wege leiten könnte, zumal im letzten Falle sowieso der aktiv mitwirkende Gatte sich nach § 181 oder 181a StGB strafbar gemacht hätte. Wenn eben die Einführung eines Antragsrechtes aus Rücksicht auf den Verletzten erfolgt und seinem Genugtuungsbedürfnis dienen soll, dann kann ein Einverständnis oder gar eine Teilnahme des Gatten der Tat zwar nicht den Mantel der Rechtswidrigkeit nehmen, jedoch ist nunmehr auch kein Raum für eine Antragsberechtigung des Betroffenen.

Diese Ansicht will aber nur über den Umweg eines Ausschlusses des Strafantragsrechtes der Einwilligung rechtliche Bedeutung verschaffen, indem sie dabei das Wesen der Antragsberechtigung verkennt. Der Antrag des verletzten Gatten wurde lediglich deshalb für nötig erachtet, um ihn und seine Familie vor den Nachteilen eines Offizialverfahrens zu bewahren. Wenn man also davon ausgeht, daß die Einwilligung weder die Existenz einer Straftat noch das Vorliegen einer Rechtsverletzung ausschließt, wenn es also dem einzelnen Gatten nicht möglich ist, mit rechtlicher Wirkung darauf zu verzichten und den Treuebruch zu einer erlaubten Handlung machen zu können, so kann diese Tatsache auch nicht das Recht zur Antragsstellung beseitigen. Wo nämlich zur Strafverfolgung noch ein Antrag notwendig ist, findet diese nur dann nicht statt, wenn der Berechtigte seinen Antrag nicht innerhalb der Frist gestellt oder -falls dies zulässig ist- ihn zurückgenommen hat. Mangels

einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung verliert er dieses Recht also weder durch Verzeihung der Tat noch durch Verzicht auf die Geltendmachung des Strafantrages, der rechtlich ohne Bedeutung und daher wirkungslos ist.[1] Aus den gleichen Überlegungen bleibt auch eine Teilnahme an der Tat ohne Einfluß auf das Antragsrecht;[2] schließlich kann sich jemand auch selbst wirksam anzeigen und so eine Strafverfolgung gegen sich herbeiführen. Sicherlich ist es nicht gerade für das Recht erfreulich, daß jemand, der der Tat zustimmte oder sie unterstützte, diese Tatsache jedoch im Scheidungsprozeß nicht vorgebracht wird, nun Strafantrag stellen kann; einmal aber hat sich der Ehebrecher dieses Unterlassen selbst zuzurechnen, zum anderen darf die sonst bestehende Kollusionsgefahr im Scheidungsprozeß nicht außer Acht gelassen werden. Mit der allgemeinen Ansicht ist deshalb anzunehmen, daß weder Einwilligung noch Teilnahme das Antragsrecht ausschließen können.[3]

c) Beginn der Antragsfrist

Die in § 61 StGB angeordnete dreimonatliche Frist für die Antragstellung auf strafrechtliche Verfolgung beginnt nach dem Gesetzeswortlaut "mit dem Tage, seit welchem der zum Antrag Berechtigte von der Handlung und von der Person des Täters Kenntnis gehabt hat". Logische Voraussetzung für das Laufen der Frist ist, daß die betreffende strafbare Handlung tatbestandsmäßig begangen und dem Berechtigten bekannt wurde. Wegen der Unklarheit über die Einordnung der zur Bestrafung notwendigen Ehescheidung hat sich daraus beim Ehebruch eine theoretische Kontrover-

---

1) RG St 14,204,205; Schönke-Schröder, § 61 Anm. 20; Schwarz-Dreher, § 61 Anm. 3

2) RG St 25, 119;

3) RG GA 37,292; RG GA 41,386; RG GA 54,305; LK, § 172 Anm. 7b; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 3; Dulcke, § 172 Anm. 3.

se entwickelt, die heute allerdings geklärt sein dürfte, da nunmehr jede Meinung zum gleichen Ergebnis kommt.

Dennoch soll die Auseinandersetzung kurz dargestellt werden, weil nur so die jetzt allgemein vorherrschende Absicht verstanden werden kann. Wer die Scheidung als Tatbestandsmerkmal ansah, kam von selbst dazu, daß die Handlung erst mit der Rechtskraft des Urteils abgeschlossen war, so daß die Frist erst mit der Kenntnis davon zu laufen beginnen konnte. Zu dem gleichen Ergebnis kamen die, welche die Scheidung als Bedingung der Strafbarkeit ansahen, weil dann vor Rechtskraft des Scheidungsurteils der staatliche Strafanspruch nicht entstehen konnte, ein Antrag wirksam erst nach rechtskräftiger Scheidung möglich war, so daß auch hier der Fristbeginn ab Kenntnis der Rechtskraft der Scheidung angesetzt wurde.

Schwierigkeiten ergaben sich jedoch für die vorherrschende Ansicht, die in der Scheidung eine Prozeßvoraussetzung erblickte und nach der eine strafbare Handlung bereits mit Begehung des Ehebruches, also des außerehelichen Beischlafes gegeben war. In Ermangelung einer dem § 69 StGB entsprechenden Vorschrift beim Antragsrecht gingen daher einige wirklich davon aus, daß der Fristbeginn von der Kenntnis des verletzten Gatten an über den Ehebruch und die daran beteiligten Personen gerechnet werden müßte.[1] Obwohl man anerkannte, daß dieses Ergebnis nicht gerade praktisch wäre, lehnte man eine andere Auslegung als gewaltsam ab, weil der Gesetzeswortlaut eindeutig auf die Handlung abstellen würde und eine Änderung deshalb gesetzlich bestimmt werden müßte.

Man verneinte es, aus der Unmöglichkeit einer Strafverfolgung vor rechtskräftiger Scheidung auf die Unzulässigkeit einer vorherigen Antragstellung zu schließen, zumal der

---

1) Vgl.z.B.: Bock, S. 65/66; Hohendahl, S. 90/91; Kahn, S. 34; Mainzer, S. 31; Metz, S. 23 - 25; Vogt, S. 84.

Antragsteller wüßte, daß er erst nach erfolgter Scheidung mit dem Antrag durchdringen kann.

Gegen diese zu sehr am Wortlaut haftende Ansicht hat sich sehr bald die Rechtsprechung gewandt, der sich dann auch die Lehre angeschlossen hat, so daß heute selbst die Anhänger, die die Ehescheidung zu Recht als Prozeßvoraussetzung betrachten, die Antragsfrist ab Kenntnis von der Rechtskraft des Scheidungsurteiles berechnen. Maßgebend hierfür ist einmal, daß § 61 StGB, der den Antrag als Strafverfolgungsvoraussetzung behandelt, sinnvollerweise nur solche Handlungen meinen kann, die mit Antragstellung auch verfolgt werden können, nicht solche, bei denen der Verfolgung noch ein gesetzliches Hindernis im Wege steht.[1]

Weil der Ehebruch aber erst ab rechtskräftiger Ehescheidung verfolgbar ist, kann die Frist auch frühestens von deren Kenntnis an beginnen. Wenn nämlich eine Strafverfolgung bis zum Zeitpunkt der Ehescheidung ausgeschlossen ist, ist der zur Verfolgung weiterhin noch erforderliche Strafantrag inhalts- und bedeutungslos, weil er das strafrechtliche Verfahren nicht herbeiführen kann, so daß er rechtlich unbeachtlich bleibt.[2] Das muß nicht unbedingt heißen, daß zwischen den Verfahrensvoraussetzungen der Ehescheidung und des Antrages ein Über- und Unterordnungsverhältnis mit dem Vorrang der Scheidung besteht, weil mit der Abhängigkeit des Verfahrens von einer vorausgehenden Scheidung schon logischerweise erst bei deren Vorliegen dem Antrag rechtliche Bedeutung zukommen kann. Denn nur eine solche Auslegung steht im Einklang mit den gesetzgeberischen Absichten, in eine bestehende Ehe, die ja immer noch trotz der Tat Aussicht auf Versöhnung und damit Erhaltung bietet, einzugreifen, was bereits mit einer wirksamen Antragsstellung der Fall wäre, zumal beim Ehebruch eine Rücknahme des Antrages nicht mehr möglich

---

1) RG St 2,62 (63)
2) RG St 1,44 (46/47)

ist.[1] Wenn auch sonst der Antrag wirksam schon vor Fristbeginn, ja sogar schon vor der Tat in gewissen Ausnahmefällen gestellt werden kann,[2] so steht dies nicht im Widerspruch dazu, weil eben der Ehebruch wegen seiner weiteren Verfahrensvoraussetzung der Ehescheidung eine Sonderstellung einnimmt. Zudem wäre es auch unverständlich, wenn der verletzte Ehegatte den Strafantrag eher stellen müßte, als er sich überhaupt darüber klar geworden ist, ob er wegen des ehebrecherischen Verhaltens die Scheidung einreichen soll, wozu ihm ja das Ehegesetz in § 50 Abs. 1 eine Frist von 6 Monaten ab Kenntnis des Scheidungsgrundes einräumt. Schließlich beweist auch die Entstehungsgeschichte des § 172 StGB, daß eine Zulassung des Antrages vor erfolgter Scheidung mit Sinn und Zweck dieser Strafvorschrift unvereinbar ist.

Ein aufschiebend bedingter Antrag, dessen Wirksamkeit vom zukünftigen, ungewissen Eintritt einer Ehescheidung abhängt, ist mit dem Wesen des Antrages als Begehren auf Strafverfolgung unvereinbar und daher nicht gültig.[3] All diese Gründe führten dazu, daß nunmehr die einhellige Meinung dahin geht, die Frist zur Antragstellung erst ab Kenntnis von der Rechtskraft des Scheidungsurteiles beginnen zu lassen.[4]

---

1) BayObLG GA 1958, 112 (113).

2) Vgl. Schwarz-Dreher, § 61 Anm. 2 B

3) Vgl. Schönke-Schröder, § 61 Anm. 28; Maurach, AT, S. 791

4) Lackner, § 172 Anm. 4; Welzel, S, 381; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. IV; LK, § 172 Anm. 7b; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 3; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 10; Dalcke, § 172 Anm. 4; Niethammer, S. 104.
Ebenso die Rspr.: RG St 1,44; RG St 2,62; RG St 26,116; RG St 37,372; RG GA 40,321.
Ferner: Freysoldt, S. 25; Hollesch, S. 82; Hörchner, S. 100/101; Obermann, S, 70; Roesel, S. 144; Peters, S. 22; Woehl, S. 53; Wolff, S. 77.

Damit läuft die dreimonatige Antragsfrist nicht schon vom Tage der Rechtskraft an, auch nicht von dem Augenblick, wo der Berechtigte von den die Rechtskraft begründenden Tatsachen Kenntnis erhielt, sondern erst von dem Zeitpunkt ab, wo dem Antragsteller der Eintritt der Rechtskraft zum Bewußtsein kam, gleichgültig, ob es vorher an der Kenntnis infolge eigenen Verschuldens oder eines Irrtums in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung mangelte.[1] Eine Verurteilung ist also nur möglich, wenn der Nachweis erbracht wurde, daß der Antragsteller dieses Bewußtsein auch innerhalb der Frist erlangt hat; im Zweifelsfalle ist hierzu eine bestimmte Feststellung erforderlich, die bloße Möglichkeit, daß der Berechtigte nicht länger als drei Monate vor der Antragstellung davon Kenntnis erlangt habe, genügt nicht zum Nachweis der Rechtzeitigkeit.[2]

Aus den oben angeführten Gründen für den maßgeblichen Zeitpunkt des Fristbeginns ergibt sich als weitere Konsequenz, daß ein vor Rechtskraft des Scheidungsurteils gestellter Strafantrag wegen Ehebruches unwirksam ist und auch bleibt, so daß er auch nicht nachträglich durch den Eintritt der Rechtskraft wirksam wird; ist letzteres der Fall, so kann diese notwendige Verfahrensvoraussetzung nur durch einen neuen, form- und fristgerecht gestellten Strafantrag erfüllt werden.[3] Entscheidend für die Rechtzeitigkeit ist der Eingang des Antrages bei der Verfolgungsbehörde; deshalb ist auch eine verfrühte Absendung des Antrages zulässig, wenn dieser dann erst nach Rechtskraft bei der Behörde eintrifft. Denn aus der Tatsache, daß die Frist erst ab Kenntnis von der Rechtskraft an beginnt, folgt nicht, daß auch der Antrag ohne Wirkung bleibt, der ohne diese Kenntnis, aber in Kenntnis des

---

1) RG St 26, 116, 117; RG St 37, 372 (374)
2) RG St 47, 238 (239)
3) Bay ObLG St GA 1958, 112

Ehebruches gestellt wurde und zu einer die Strafverfolgung zulassenden Zeit durch den Eingang bei der Staatsanwaltschaft rechtliche Bedeutung erlangt hat.[1)]

Damit ist der früher bestehende Streit um den Beginn der Antragsfrist heute beigelegt; aus rechtlichen und aus praktischen Gründen ist auch daran festzuhalten, daß beim Fristbeginn allein auf die Kenntnis von der Rechtskraft des Scheidungsurteils abzustellen ist.

---

1) RG St 38, 271, 273; LK, § 172 Anm. 7b;
Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 3;
Dalcke, § 172 Anm. 4

IV) Abschließende Fragen

1) Die Verjährung

Nach § 67 Abs. 4 StGB beginnt auch die Verjährungsfrist mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist. Damit tritt hier ebenfalls wieder Streit auf, je nachdem, welche Stellung man bezüglich der einzelnen Merkmale des Ehebruchstatbestands eingenommen hat. Allerdings handelt es sich dabei um eine rein theoretische Auseinandersetzung, da sich - abgesehen von einigen Außenseitern - über das Ergebnis alle im klaren sind, so daß letzten Endes keine Unterschiede über den Fristbeginn bei der Verjährung auftreten.

Wer die Ehescheidung zum Tatbestand rechnet, für den kann folgerichtig die Verjährungsfrist erst ab Rechtskraft des Scheidungsurteils beginnen. Zur gleichen Ansicht kommen die Vertreter der Scheidung als Strafbarkeitsbedingung, nach denen ebenfalls die Frist mit Bedingungseintritt, also dem rechtskräftigen Urteil, anfängt. Im Ergebnis führt dabei auch die herrschende Ansicht zu keiner anderen Beurteilung, lediglich der Ausgangspunkt ist verschieden. Der eine Teil geht nämlich davon aus, daß zwar die Handlung mit dem Beischlaf bereits beendet ist, daß aber unter "Ruhen" im Sinn des § 69 StGB nicht nur der Stillstand einer bereits in Lauf gesetzten Verjährung zu verstehen ist, sondern auch eine Situation, bei der dem Lauf der Verjährung und damit auch ihrem Beginn ein rechtliches Hindernis entgegensteht. Danach kommt es also vor einer rechtskräftigen Scheidung mangels möglicher Verfolgung überhaupt nicht zu einem Beginn der Verjährung, dieser tritt erst mit der Rechtskraft ein.[1)] Die anderen berufen sich darauf, daß die Verjährung an sich mit Beendigung

---

1) RGSt 15, 261; LK, § 172 Anm. 8; unklar Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 5; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. III

der Handlung nach § 67 Abs. 4 StGB bereits beginnt, daß sie aber sogleich nach § 69 Abs. 1 Satz 2 StGB ruht, weil das Strafverfahren wegen der Abhängigkeit von der Ehescheidung noch nicht beginnen kann.[1] Nun ist ein tatsächlicher Unterschied beider Meinungen nicht festzustellen, ob nun die Verjährung vor der Rechtskraft des Scheidungsurteils überhaupt nicht beginnt, oder ob sie sofort nach ihrem Beginn wieder zu ruhen anfängt. Methodisch richtiger erscheint es aber zu sein, § 69 Abs. 1 Satz 2 StGB anzuführen, weil doch die Abhängigkeit von der Scheidung, also von einer Vorentscheidung in einem anderen Verfahren, für das Strafverfahren unbedingt notwendig ist, zumal der Begriff "Ruhen" nach seiner Bedeutung doch voraussetzt, daß überhaupt etwas einmal zu laufen begonnen hat.

Unvereinbar mit dem derzeitigen Wortlaut des Gesetzes ist aber auf jeden Fall die Ansicht, daß die Verjährungsfrist zwar mit der Begehung des Ehebruches einsetzt, dann bis zum Scheidungsprozeß läuft, während seiner Dauer dann ruht und danach wieder weiterläuft.[2] Für eine derartige einschränkende Auslegung des an sich klaren Wortlautes des § 69 Abs. 1 Satz 2 StGB bestehen keinerlei Anhaltspunkte und auch keine sachliche Notwendigkeit.

In Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Lehre ist deshalb unbeschadet der rechtlichen Einordnung davon auszugehen, daß der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungsfrist der Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils ist.

---

1) Schönke-Schröder, § 172 Anm. 15 und § 69 Anm. 3; Lackner, § 172 Anm. 4; Schwarz-Dreher, § 69 Anm. 2 B.

2) Rubo, § 172 Anm. 9; Conrad GA 35, 23

2) Konkurrenzfragen

a) Rechtliche Einordnung mehrer Ehebrüche

Keine Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der Fälle, wo ein Ehegatte mit verschiedenen Personen die Ehe gebrochen hat und wegen deren auch dann die Ehe geschieden wurde. Bei einem entsprechenden Antrag auf Strafverfolgung hat dann der Täter eben durch mehrere selbständige Handlungen dasselbe Vergehen mehrmals begangen, so daß hier dann Realkonkurrenz gegeben ist (§ 74 Abs. 1 StGB).[1]

Weniger eindeutig ist dagegen die Lage dann, wenn sich der Ehebruch zwischen denselben Personen wiederholt abgespielt hat, immer vorausgesetzt, daß die Ehescheidung wegen dieser Fälle ausgesprochen wurde und ein diesbezüglicher Strafantrag vorlag. Denn hier kann sowohl eine fortgesetzte Handlung wie auch die Annahme von mehreren selbständigen Handlungen in Betracht kommen.[2] Entscheidend sind dabei jeweils die Umstände des Einzelfalles, eine allgemeine Regel läßt sich hierfür nicht aufstellen. Unrichtig wäre es sicher, allein auf äußere Tatsachen abzustellen dergestalt, ob etwa die Ehebrecher schon zusammenleben - dann Fortsetzungszusammenhang - oder ob es sich nur um gelegentliche Zusammenkünfte handelt. Obgleich nämlich in der Wissenschaft und Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen einer fortgesetzten Handlung Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob beim Täter ein Gesamtvorsatz oder nur ein Fortsetzungsvorsatz vorliegen muß,[3] kann es beim Ehebruch, bei dem es sich regelmäßig um den gleichen Tathergang handelt, der gegen

---

1) Vgl. etwa LK, § 172 Anm. 9; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 B; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 14.

2) RG Recht 09,3883; LK, § 172 Anm. 9; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 14; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 B.

3) Vgl. dazu näher: Schwarz-Dreher, Vorbem. 3 A a vor § 73; Schönke-Schröder, Vorbem. 27 u. 29 vor § 73

das gleiche Rechtsgut gerichtet ist, zur Beantwortung der Frage allein auf die subjektive Seite ankommen. Dementsprechend muß der Tätervorsatz entweder (so die Lehre vom Gesamtvorsatz) sämtliche Teile der Handlung in den wesentlichen Grundzügen ihrer künftigen Gestaltung umfassen, z.B. regelmäßiger Verkehr mit der Nachbarsfrau an einem bestimmten Wochentag, an dem die eigene Ehefrau abwesend ist, oder (so die Lehre vom Fortsetzungsvorsatz) es muß jeder neue Entschluß des Täters als Fortsetzung des vorausgegangenen erscheinen, z.B. Verkehr mit einer bestimmten Person bei jeder günstigen Gelegenheit. Eine fortgesetzte Handlung ist demnach nur abzulehnen, wenn der wiederholte Ehebruch tatsächlich auf einem neuen Entschluß beruht, z.B. wenn es nach Abbruch der Beziehungen bei einem zufälligen Wiedersehen wieder zum Geschlechtsverkehr kommt. Maßgeblich ist also immer die gesonderte Lage des Einzelfalles.

b) Verhältnis zu anderen Straftaten

Wird durch den außerordentlichen Beischlaf als Handlung des Ehebruches zugleich auch ein anderes Strafgesetz verletzt, so stehen diese zueinander in Idealkonkurrenz (§ 73 StGB), d.h. die Strafe richtet sich nach der Vorschrift, welche die schwerste Strafart androht. Ein solches Verhältnis ist insbesondere zwischen dem Ehebruch einerseits und auf der anderen Seite z.B. der Blutschande (§ 173), der schweren Unzucht (§ 176 I Nr. 2), der Notzucht (§ 177), der Erschleichung des außerehelichen Beischlafes (§ 179), der Verführung (§ 182) oder der gewerbsmäßigen Unzucht (§ 361 Nr. 6) anzunehmen, weil in all diesen Fällen der außereheliche Beischlaf entscheidend zur Verwirklichung der Tatbestände mehrerer Strafgesetze beigetragen hat.

Unklar und bestritten ist dagegen das Verhältnis zwischen Ehebruch und Bigamie (§ 171 StGB), wobei hier sämtliche

Meinungen vertreten werden: als möglich werden etwa Realkonkurrenz genannt,[1] aber auch Gesetzkonkurrenz mit Vorrang des § 171,[2] genauso wie Idealkonkurrenz,[3] ohne daß jeweils nähere Begründungen angegeben werden. Zwar ist richtig, daß § 171 StGB in erster Linie den Mißbrauch der staatlichen Eheform, d.h. den ungesetzlichen Zustand strafen will, der durch die Eingehung einer zweiten, nicht erlaubten (§ 5 EheG) Ehe herbeigeführt wurde; dieser Verstoß liegt bereits bei Eingehung der neuen Ehe vor, ohne daß es schon zum Beischlaf gekommen sein muß. Auf der anderen Seite ist aber der Geschlechtsverkehr in der Doppelehe nur eine regelmäßige Begleiterscheinung, eine dem gewöhnlichen Verlauf einer Ehe - mag sie erlaubt sein oder nicht - entsprechende natürliche Haltung, die lediglich die Konsequenz aus diesem neuen Eheschluß zieht und folglich kein neues Unrecht setzt. Daß davon auch der Gesetzgeber ausging, ersieht man aus der wesentlich schwereren Strafandrohung bei der Bigamie (bis zu 5 Jahren Zuchthaus), demgegenüber die geringe Gefängnisstrafe des Ehebruches (bis zu 6 Monaten) nicht mehr ins Gewicht fällt. Ob man nun dieses Verhältnis so auffaßt, daß nach Sinn, Zweck und Wesen der Bigamie diese Tat auch den nachfolgenden Ehebruch als regelmäßige Erscheinungsform mitenthält, so daß die Gesetzeskonkurrenz in der Form der Konsumtion vorläge, oder ob man den Ehebruch aus dem Gedanken der Subsidiarität heraus als straflose oder besser ausgedrückt als mitbestrafte Nachtat betrachtet, mag zweifelhaft sein; auf jeden Fall führen beide Begründungen dazu, daß richtigerweise im Verhältnis dieser beiden Strafvorschriften Gesetzeskonkurrenz mit dem Vorrang der Bigamie anzunehmen ist.

---

1) Schwarz-Dreher, § 171 Anm. 5, Dalcke, § 172 Anm. 1 Olshausen, § 171 Anm. 5; Hörchner, S. 157

2) LK, § 172 Anm. 9; Lackner, § 172 Anm. 5; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 11 und § 171 Anm. 10

3) Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 A

3) Ehebruch und Beleidigung

Besondere Bedeutung bei den mit dem Ehebruch gegebenen Konkurrenzmöglichkeiten hat das Verhältnis zur Beleidigung (§ 185 StGB) erlangt. Die Häufigkeit der Auseinandersetzung mit diesem Problem in der Rechtsprechung mag zweierlei Gründe haben: einmal spielte diese Frage gerade während des letzten Krieges im Hinblick auf die Beleidigung von Frontsoldaten eine große Rolle, zum anderen gab es immer wieder Fälle, wo der hintergangene Ehegatte die Ehe zwar bestehen lassen, den "Eindringling" aber wegen Beleidigung bestraft wissen wollte. Die dabei auftretenden Probleme sollen daher in ihren Grundzügen dargestellt werden; es geht hiernach einmal um die Frage, ob der Ehebruch überhaupt eine Beleidigung sein kann, bejahendenfalls dann um das grundsätzliche Verhältnis zueinander, und schließlich noch darum, ob in gewissen Fällen eine Bestrafung wegen beider Vorschriften oder wegen der Beleidigung allein erfolgen kann.

Die Schwierigkeit bei der Beantwortung der ersten Frage, ob im Ehebruch auch eine Beleidigung liegt oder liegen kann, ergibt sich daraus, daß im Normalfall, von dem hier ausgegangen werden soll, die Handlung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs ja im Einverständnis der beiden Ehebrecher, also auch des beteiligten Ehegatten, erfolgt, so daß sicherlich diesem gegenüber eine Ehrverletzung abzulehnen ist. Damit verschiebt sich das Problem auf die Frage nach einer möglichen "indirekten Beleidigung",[1] ob also nicht durch den Ehebruch die Ehre des anderen unschuldigen Ehegatten mißachtet wird, indem der Ehebrecher durch sein bloßes Eindringen in eine fremde Ehe bereits deren Geringwertigkeit ausdrückt. Dies wird nicht einheitlich beantwortet, zumal häufig die Frage der Beleidigungsmöglichkeit mit der einer deswegen erfolgenden Bestrafung nicht auseinandergehalten wird. Insbesondere das

1) Maurach, BT S. 131

Reichsgericht[1] hat des öfteren ausgesprochen, daß der Ehebruch regelmäßig auch eine Beleidigung des betrogenen Ehegatten bedeute: "Ein Ehebruch wird sich zwar nicht schlechthin, aber doch in der Regel auch als eine Ehrenkränkung und Mißachtung des verletzten Ehegatten darstellen, wie er als solche auch von der Volksanschauung von jeher angesehen worden ist. Mithin wird durch den Ehebruch in den meisten Fällen auch der Tatbestand des § 185 StGB erfüllt sein."[2]

Im Anschluß daran wird dies auch heute vertreten, so daß danach der außereheliche Beischlaf als die wohl gravierendste geschlechtliche Annäherung regelmäßig eine Kundgebung der Mißachtung des verletzten Ehegatten enthält und deshalb zugleich eine Beleidigung darstellt.[3] Ein Teil der Lehre lehnt dagegen diese Behauptung in der aufgestellten Allgemeinheit ab, begründet dies allerdings meist damit, daß eben die Beleidigung durch die Sonderregelung des Ehebruches ausgeschlossen wird,[4] - zu Unrecht - da dies erst eine Frage des Konkurrenzproblems (Gesetzeskonkurrenz) ist und noch nicht beim Problem der grundsätzlichen Tatbestandserfüllung erwähnt werden kann. Andere dagegen greifen den von der Rechtsprechung aufgebauten "Ehrenschutz" des verletzten Gatten in seiner Gesamtheit an und leugnen, daß bei der einverständlichen Tat überhaupt ein Ehrmangel - auch nicht konkludent - behauptet wird, weil es sich in Wirklichkeit nicht um eine Verletzung der Ehre,

---

1) Z.B.: RG St 70, 98; RGSt 74,380; RGSt 75, 259; RGGA 49, 324

2) RG St 65,1

3) BGH NJW 1952, 476; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 A und § 185 Anm. 1 Aa aa; Mühlmann-Bommel, § 172 Anm. 5; wohl auch Maurach, BT S. 414 (aber zweifelnd bei BT S. 131/132) sowie Mezger-Blei, BT S. 317 und LK, § 172 Anm. 9.

4) Welzel, LB S. 381; Lackner, § 172 Anm. 5; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. I; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 12; Dalcke, § 172 Anm. 1.

sondern der Ehe handelt.[1)]

Solange aber gerade auf dem Gebiet der geschlechtlichen Zumutungen die überwiegende Ansicht eine derartige weite Auslegung des Beleidigungstatbestandes vornimmt, kann nicht geleugnet werden, daß im Vorgehen des Ehebrechers im Regelfall auch eine Beleidigung des betroffenen Ehegatten zu sehen ist. Dabei soll nicht übersehen werden, daß diese Auslegung letztlich eine Folge davon ist, daß der Beleidigungstatbestand heute in seiner Ausuferung zu einem Auffangtatbestand für alles Strafwürdige geworden ist, so daß man ihn in sehr harter, aber nicht unberechtigter Weise als "die Dirne des Besonderen Teiles" bezeichnet, "d.h. ein Tatbestand, der sich nur allzuleicht bereitwillig anerbietet, wenn sich ein echtes oder vermeintliches Strafbedürfnis sonst nicht befriedigen läßt."[2)]

Bejaht man nun mit der überwiegenden Ansicht das Vorliegen einer Beleidigung, so ist als nächstes das Konkurrenzverhältnis zum Ehebruch klarzustellen. In diesem Punkt ist man sich im Ergebnis wieder vollkommen einig, daß nämlich der Ehebruch gegenüber der Beleidigung die engere Bestimmung ist und somit als Sondervorschrift den § 185 StGB ausschließt. Lediglich die theoretische Einordnung bereitet einige Schwierigkeiten. Den Sondercharakter und den damit verbundenen Vorrang des § 172 StGB begründet man zu Recht mit dem rechtlichen Zweck dieser Bestimmung. Wenn nämlich das Gesetz im Interesse der Aufrechterhaltung einer Ehe den Ehebruch - sowohl des Gatten wie des Dritten - nur bestraft, wenn die Ehe geschieden und ein Antrag gestellt ist, so bringt es damit auch zum Ausdruck, daß aus diesem Grunde eine Bestrafung des Ehebruches aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte während bestehender Ehe nicht erfolgen soll. Kann also ein Ehebruch nach

---

1) So ausdrücklich Hirsch, aaO, S. 66/67

2) So in kritischer Weise Hirsch, aaO, S. 70

§ 172 StGB bestraft werden, scheidet eine Strafe wegen Beleidigung aus, zumal ja § 185 StGB eine schwerere Ahndung vorsieht als § 172.[1] Die Ehebruchsstrafvorschrift stellt also eine Sonderregelung dar, die jede gerichtliche Erörterung, egal in welcher rechtlichen Beziehung, ein Eheinteresse unterbinden will, solange die Ehe besteht.

Übrig bleibt die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung dieses Vorrangverhältnisses. Oft fehlt es an einer genauen Einordnung, man beschränkt sich darauf, die Vorschrift über den Ehebruch als "Sonderregelung" zu bezeichnen,[2] die die Beleidigung ausschließt. Daraus ist zunächst einmal zu entnehmen, daß damit also im Regelfall eines Ehebruches zwar eine Beleidigung vorliegen kann, diese aber wegen Gesetzeskonkurrenz mit § 172 nicht bestraft werden kann.[3] Über welche Art der Gesetzeskonkurrenz man zu diesem Ergebnis kommt, verschweigt man allgemein.[4] Der Grund hierfür wird aber bald ersichtlich, wenn man daran denkt, daß bis 1943 im damaligen § 63 StGB die Unteilbarkeit des Antrages ausgesprochen war. Dazu kommt dann, wenn man das Verhältnis der Spezialität annimmt, daß auf das allgemeine Delikt (hier § 185) nicht zurückgegriffen werden kann, wenn aus dem speziellen Tatbestand eine Bestrafung nicht möglich ist.[5] Weil nun aber die Rechtsprechung, wie noch zu zeigen sein wird, in Ausnahmefällen doch zu einer Bestrafung kommen wollte, sah sie

---

1) RG St 65,2; BGH NJW 1952, 477

2) Mezger-Blei, BT S. 417; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. I; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 12; Dalcke, § 172 Anm. 1, Schwarz, § 172 Anm. 4A; Mühlmann-Bommel, § 172 Anm. 5. Zur Rspr. vgl. die in Anm.1) genannten Entscheidungen.

3) a.A. LG Konstanz, DR 1941,149: "...nicht anzunehmen, daß zwischen § 172 und § 185 Gesetzeskonkurrenz besteht"; dagegen in der Anmerkung Mezger (DR 1941, 150)

4) aber Mezger (aaO in Anm.3): Fall der Konsumtion; ebenso Welzel, LB S. 381

5) Schönke-Schröder, Vorbem. 81 vor § 73

sich in der mißlichen Lage, dann den § 185 wieder aufleben lassen zu müssen. Heute erscheint jedoch eine sachgerechte Lösung durchaus möglich. Einmal ist auf Grund der möglichen persönlichen wie sachlichen Begrenzbarkeit des Antrages auch eine isolierte Verfolgung des Außenseiters nur wegen Beleidigung möglich geworden.[1] Zum anderen ist zu beachten, daß im Falle der Subsidiarität nur eine tatsächliche Bestrafung die andere Vorschrift verdrängt, daß dieses aber anzuwenden ist, wenn eine solche Ahndung aus bestimmten Gründen nicht möglich erscheint.

Daraus folgt dann zweierlei: grundsätzlich verdrängt § 172 im Wege der Gesetzeskonkurrenz den § 185, die Beleidigung bleibt subsidiär; ist eine Bestrafung wegen Ehebruches nicht möglich, kommt die zurückgedrängte Vorschrift wieder zur Geltung; schließlich bleibt dann noch der noch zu behandelnde Fall übrig, daß eine Beleidigung vorliegt, die über den Regeltatbestand des Ehebruches hinausgeht: hier ist dann Idealkonkurrenz anzunehmen, falls beide Vorschriften zusammentreffen.[2]

Wie bereits angedeutet, kam aber die Rechtsprechung trotz der grundsätzlichen alleinigen Anwendbarkeit des § 172 StGB bald auch zu einer Bestrafung wegen Beleidigung. Anlaß hierzu waren jene Ausnahmefälle, bei denen eine Bestrafung wegen Ehebruches nicht möglich war (worunter allerdings nicht die Fälle zu zählen sind, wo der verletzte Gatte sein Antrags- bzw. Scheidungsrecht nicht ausüben wollte - hier bleibt es beim Ausschluß des § 185 StGB -, sondern die, wo er dies nicht durchführen konnte.)[3] Deshalb schränkte man den Vorrang des § 172 StGB dahin

---

1) Maurach, BT S. 415

2) für letzteren Fall ebenso: Maurach, BT S. 414; LK, § 172 Anm. 9; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 13; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 A; Mühlmann, § 172 Anm.5

3) vgl. Schönke-Schröder, § 172 Anm. 12.

ein, daß er eine Bestrafung wegen Beleidigung nur ausschließt, wenn die Ehe wegen Ehebruchs geschieden ist oder wenn der verletzte Ehegatte zwar ein Scheidungsrecht hat, es aber nicht ausübt, oder wenn er gar die Tat verziehen hat. Eine Verfolgung der Tat als Beleidigung sei aber in den Fällen zulässig, in denen der Geschlechtsverkehr eines Gatten mit einem Dritten dem verletzten Ehegatten keinen Scheidungsgrund gebe, insbesondere also, wenn der am Ehebruch beteiligte Gatte daran nicht schuldig sei, wo sich nur der Dritte, nicht auch der mißbrauchte Ehegatte einer Beleidigung des verletzten Gatten schuldig machen kann.[1] Der Grundsatz, daß das verdrängte Gesetz nicht mehr Grundlage für strafrechtliche Maßnahmen sein kann, könne hier nicht gelten, weil es in einem solchen Falle dem verletzten Ehegatten nicht zuzumuten wäre, den beleidigenden Eingriff ungesühnt hinzunehmen; allerdings sei in diesem Falle der § 185 StGB durch die Höchststrafe des § 172 begrenzt.[2]

Im Anschluß daran war auch der Schritt nicht mehr weit, daß man eine Strafverfolgung wegen Beleidigung selbst dann zuließ, wenn die oben genannten Ausnahmegründe nicht vorlagen. Freilich soll dies nicht in allen Fällen gelten, da man an der durch § 172 StGB getroffenen Sonderregelung nicht vorbeigehen konnte. Die Rechtsprechung wies aber darauf hin, daß § 185 StGB in den Fällen Anwendung finden könne, in denen sich "eine Ehrenkränkung des verletzten Ehegatten nicht lediglich aus der Handlung des Ehebruches, sondern aus besonderen begleitenden Umständen oder aus mit ihm verbundenen, aber nicht zum Tatbestand des Ehebruches gehörigen Merkmalen" ergebe.[3] Wann diese Situa-

---

1) BGH NJW 1952,476; RG St 65,2; RG St 74, 380/381; RG St 75,260; RG St 77,182. Zustimmend: Mezger-Blei, BT S. 317; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. I; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 A.

2) Schönke-Schröder, § 172 Anm. 12

3) RG St 65,2; ihm folgend: RG St 74, 380; RG St 75,151; 77,181; RG DStR 1940, 198.

tion vorliege, soll von den Umständen des Einzelfalles abhängen; sie wurde zwar nicht allgemein bei einem Vollzug des Geschlechtsverkehrs in der Ehewohnung bejaht, jedoch dann, wenn die Besuche des Ehebrechers vor den Augen anderer Personen stattgefunden haben und schon dadurch der hintergangene Ehegatte bloßgestellt worden ist.[1] Notwendig sind also demnach besonders kränkende Begleitumstände wie die erwähnten Beispiele der öffentlichen Bloßstellung oder des Mißbrauches der ehelichen Wohnung, welche dann anzuerkennen sind, "wenn die Beleidigung die eheliche Gemeinschaft in ihrem Wesensgehalt antastet und dadurch zugleich das Persönlichkeitsbild des Ehemannes mit der Vorstellung eines Minderwertes belastet, wie dies insbesondere bei Angriffen auf die Geschlechtsehre der Frau zutrifft,"[2] was nach einer späteren Entscheidung[3] in gleicher Weise auch bei einer Verletzung der Ehefrau gelten soll. Die Folge davon ist, daß nunmehr bei Vorliegen dieser Umstände eine Bestrafung wegen Beleidigung auch dann möglich ist, wenn entweder der verletzte Ehegatte seinen Strafantrag auf diese Tat beschränkt hat oder wenn eine Scheidung der Ehe nicht erfolgt ist, wobei dann die Antragsfrist für die Beleidigung unabhängig von der für den Ehebruch läuft.[4] Diese Rechtsprechung wird auch allgemein von der Lehre gebilligt, ist also vorherrschend.[5]

Mag dabei die Rechtsprechung letztlich dazu von dem Gedanken beeinflußt sein, daß es schwer verständlich wäre, wenn man einerseits die Ehe aufrechterhalten wollte, anderer-

---

1) RG St 75, 259, 261

2) Bay ObLG St MDR 1958, 264

3) Bay ObLG St 1962 (12. Band), 41, 42

4) Schönke-Schröder, § 172 Anm. 13; Maurach, BT S. 415

5) Vgl. Mezger-Blei, BT S. 317; Kohlrausch-Lange, § 172 Anm. I und III; LK, § 172 Anm. 9; Schönke-Schröder, § 172 Anm. 13; Dalcke, § 172 Anm. 1; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 4 A; Mühlmann, § 172 Anm. 5

seits dem verletzten Gatten eine Verfolgung des Eindringlings nur ermöglichen würde, wenn er sich zu einer Scheidung entschlossen hätte,[1] so darf man doch nicht übersehen, daß die Ausgestaltung des § 172 StGB auch von dem Willen des Gesetzgebers geprägt wurde, daß in bestehende Ehen strafrechtlich nicht eingegriffen werden soll - auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Beleidigung -, was aber unvermeidlich wäre, wenn man das ganze Geschehen - auch bei alleiniger Verfolgung des Dritten - aufrollen müßte. Mit einer Ahndung der Tat als Beleidigung wird deshalb das Gesetz umgangen, weil man dadurch eine an sich nicht mögliche Verfolgung des Dritten ohne Ehescheidung über diesen Umweg herbeiführt. Ist schon aus diesem Grunde die bisherige Praxis bedenklich, so wird der § 185 StGB auch sachlich der Tat des Ehebruches nicht gerecht. Sicherlich liegt in jedem außerehelichen Geschlechtsverkehr mit dem Partner des verletzten Ehegatten eine Mißachtung der Ehe und eine Geringschätzung des unschuldigen Teiles, so daß von hier aus eine Beleidigung bejaht werden könnte; hätte aber der Gesetzgeber nur diese persönliche Treueverletzung ohne Rücksicht auf eine erfolgte Ehescheidung bestraft wissen wollen, so wäre die Einführung des § 172 StGB überflüssig gewesen, weil in jedem Fall der Verletzte Strafantrag wegen Beleidigung stellen und damit sogar eine strengere Bestrafung herbeiführen könnte. Bereits eingangs wurde aber festgestellt, daß mit dem Ehebruch in erster Linie der Angriff auf die staatliche Institution der Ehe bestraft werden soll, weil dadurch öffentliche Interessen verletzt werden; die darin zugleich liegende Beleidigung ist sekundär und muß deshalb als durch die Bestrafung nach § 172 StGB abgegolten angesehen werden. Richtig erscheint daher, daß nach § 185 StGB nur vorgegangen werden kann, wenn eine Bestrafung wegen Ehebruches nicht möglich ist; eine wei-

---

1) So ausdrücklich LG Konstanz DR 1941, 149

tergehende Verfolgung der Tat wegen Beleidigung bei besonderen Umständen ist aber abzulehnen, weil dies einmal eine Umgehung des § 172 StGB wäre und zum anderen den Charakter des Ehebruches verkennen würde, der sich gegen die Ehe und nicht gegen die Ehre richtet.[1] Dies mit aller Klarheit zu betonen ist gerade jetzt wichtig, wo eine Bestrafung wegen Ehebruches nach der Aufhebung des § 172 StGB nicht mehr möglich ist. Hält man nämlich jetzt an dieser Rechtsprechung fest, so wird die Versuchung für die beleidigten Ehegatten sehr groß sein, eine Bestrafung des Ehebruches auf diesem Wege herbeizuführen, was sicherlich nicht der Grund der Abschaffung des § 172 StGB war. Sonst wäre diese Änderung kein Fortschritt, sondern ein Rückschritt, weil der Staat sich wieder völlig in den Dienst der strafrechtlichen Verfolgung eines rein privaten Interesse - nämlich des ehelichen Treuerechtes - stellen würde, und somit der Ehebruch im verstärkten Maße - ohne vorherige Scheidung - wieder Gegenstand einer Strafverhandlung wäre, diesmal allerdings immer unter dem Gesichtspunkt einer Beleidigung. Davor kann aber nicht eingehend genug gewarnt werden.

4) Teilnahme am Ehebruch

Hierbei treten gegenüber den allgemeinen Regeln keine Besonderheiten auf. Fraglich war auch hier allein, ob etwa der "verletzte" Gatte als Teilnehmer in Betracht kommen kann, da er ja durch seine Mitwirkung zumindest stillschweigend sein Einverständnis zur Tat erklärt hat. Insoweit kann aber auf die Ausführungen zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund (oben II 3 b) verwiesen werden. Ebensowenig wie dort diese Tatsache berücksichtigt werden kann, schließt sie auch hier die Möglichkeit einer Teil-

1) Vgl. von Weber, GS 116, 249, 259 und die berechtigte Kritik an der bisherigen Rechtsprechung bei Hirsch, aaO, S. 66/67 und S. 70

nahme nicht aus. Hinzuweisen ist nur noch darauf, daß im Falle einer Teilnahme, sei es Anstiftung oder Beihilfe, regelmäßig auch der Tatbestand der Kuppelei (§ 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder sogar der der Zuhälterei (§ 181a StGB) vorliegen wird, zu dem dann die Teilnahmehandlung in Idealkonkurrenz steht (§ 73 StGB).

5) Die Strafzumessung

Auch hier gelten an sich keine Besonderheiten; denn nunmehr sieht der Strafrahmen für alle Beteiligten ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht die gleiche Strafe, nämlich Gefängnis bis zu 6 Monaten vor. Damit werden für alle am Ehebruch Beteiligten hinsichtlich des Strafmaßes die gleichen Voraussetzungen geschaffen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um verheiratete oder ledige Partner handelt. Lediglich innerhalb dieses für alle gleichermaßen geltenden Strafrahmens kann dann der Richter im Einzelfall wie bei jedem anderen Delikt auch der größeren oder geringeren Strafwürdigkeit des zur Aburteilung stehenden Ehebruchs Rechnung tragen. Kurz muß jedoch noch auf einige Fragen eingegangen werden, die im Zusammenhang mit den Arbeiten der Strafrechtsreform auftraten, wo sich allmählich doch die Abschaffung der Strafvorschrift über den Ehebruch abzeichnete, sowie auf Verurteilung wegen Ehebruches, die vor oder während der Aufhebung noch ausgesprochen wurden.

a) Berücksichtigung der bevorstehenden Änderung bei der Strafzumessung

Eine Folge der allgemeinen Unsicherheit darüber, ob nun der § 172 StGB abgeschafft wird oder nicht, zeigte sich bei einer Entscheidung des Landgerichtes Frankenthal.[1)]

1) in NJW 1968, 1685 f.

Dieses Gericht ging soweit, daß es bei der Strafzumessung wegen eines Ehebruches die heutige kriminalpolitische Bedeutung des § 172 StGB und seine Beurteilung in der Öffentlichkeit berücksichtigte und daraus den Schluß zog, es sei im Regelfall lediglich die Verhängung einer geringen Geldstrafe gerechtfertigt. Dabei stützte das Gericht seine Ansicht auf die Bedenken, ob überhaupt eine Strafbarkeit des Ehebruches noch zulässig sei, und kam hierbei zu dem Ergebnis, daß bei der Bestrafung des Ehebruches die Möglichkeiten des Strafrechtes überschritten seien, weil sonst der Strafrichter zum Sittenrichter würde, und daß die Bestrafung auch kein taugliches und vernünftiges Mittel zum Schutz der Ehe darstelle. Unter Hinweis auf andere Länder, auf die Statistik und auf die Nachteile der Bestrafung kam es im Ergebnis schließlich zu einer Geldstrafe von 100.- DM. Gegen diese Entscheidung sind jedoch in mehrfacher Weise schwerwiegende Bedenken anzumelden. Zunächst einmal hat ja das Gericht auf Grund des § 27 b StGB die Möglichkeit, kraft Gesetzes auch beim Ehebruch auf eine Geldstrafe zu erkennen. Das ist aber nur zulässig, soweit es im Einzelfall auf Grund der Tat und mit Rücksicht auf den oder die Täter zu der Ansicht kommt, daß ein leichter Fall vorliegt, dessen Strafzwecke auch mit der Verhängung einer Geldstrafe erreicht werden kann. Daraus folgt weiter, daß das Gericht nicht dazu befugt ist, seine eigenen rechtspolitischen Bedenken gegen das angewandte Strafgesetz oder gegen die Höhe der gesetzlichen Strafdrohung strafmildernd zu verwerten,[1] weil es sich dadurch von der Bindung an das Strafgesetz freimacht. Deshalb wäre im Falle des LG Frankenthal die Verhängung einer Geldstrafe möglich gewesen, die Begründung hätte sich aber am Einzelfall orientieren müssen und nicht an rechtspolitischen Erwägungen.

Bei den vorgebrachten Bedenken des Gerichts gegen die Strafvorschrift über den Ehebruch hätte es daher viel nä-

1) Schönke-Schröder, Vorbem. 81 vor § 13

her gelegen, den § 172 StGB auf seine Verfassungsgemäßheit zu überprüfen. Zu Recht wird in einer Anmerkung zu dem Urteil[1] darauf hingewiesen, daß zu dieser Prüfung das Gericht selbst berufen gewesen wäre. Denn zur Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG gelangen nur nachkonstitutionelle Gesetze, d.h. solche Gesetze, die nach dem Grundgesetz erlassen worden sind.[2] Deshalb ist beim vorkonstitutionellen StGB bei jeder einzelnen Vorschrift zu untersuchen, ob der nachkonstitutionelle Gesetzgeber eine Vorschrift etwa nachträglich in seinem Willen aufgenommen, d.h. als eine von ihm erlassene Norm bestätigt hat, was anzunehmen ist, wenn sich ein solcher Betätigungswille des Gesetzgebers aus dem Inhalt des nachkonstitutionellen Gesetzes selbst oder - bei bloßen Änderungen vorkonstitutioneller Gesetze - auch aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen den unveränderten und den geänderten Normen objektiv erschließen läßt.[3] Da nun der § 172 StGB seine letzte Änderung[4] vor Erlaß des Grundgesetzes erfahren hat, liegt bei ihm keine solche Übernahme vor, so daß das Gericht selbst über die Gültigkeit dieser Norm hätte befinden können. Auf Grund seiner Ausführungen, nach denen bei § 172 die Möglichkeiten des Strafrechts überschritten seien, und in Anbetracht der Tatsache, daß eine Kriminalstrafe als schwerster Eingriff in die Freiheit des Menschen nicht verhängt werden darf, wenn sie völlig zwecklos erscheint, hätte das Gericht zur Verfassungswidrigkeit dieser Strafvorschrift kommen müssen. Seine Interpretation, als Mittelweg nun den § 172 StGB "verfassungskonform" dahin auszulegen, daß nur mehr ganz milde Geldstrafen zulässig seien, ist als unhaltbar abzulehnen.[5]

---

1) von Dr. Rupert Eilsberger in NJW 1968, 2256 f.

2) Schwarz-Kleinknecht, StPO, aaO, Einl. 12 B b

3) BVerfG E 11, 126

4) Einreihung vom 13. in den 12.Abschnitt durch VO vom 18.3.1943

5) so mit Recht Eilsberger, aaO.

Damit bleibt als letzte Frage, wie Gerichte, die sich kurz vor der Abschaffung des § 172 StGB mit einem Ehebruchsfall zu beschäftigen hatten, sich am zweckmäßigsten verhalten sollten. Hierbei bietet sich das im gesamten Prozeßrecht (vgl. etwa §§ 154 d, 262 II StPO; § 148 ZPO; § 94 VwGO) bekannte Institut der Aussetzung des Verfahrens an; denn, wenn schon eine solche Aussetzung zur Klärung von Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten möglich und zulässig ist, so muß sie erst recht auch dann Anwendung finden können, wenn die Änderung oder gar die Abschaffung der zur Aburteilung anstehenden Strafvorschrift bevorsteht. Aus diesem Grunde erscheint die einzige richtige und vernünftige Lösung - auch für die oben erwähnte Entscheidung des LG Frankenthal, falls man nicht zur Verfassungswidrigkeit kommt - die zu sein, das Verfahren bis zur Klärung und Beendigung der gesetzgeberischen Arbeiten in entsprechender Anwendung des § 262 Abs. 2 StPO auszusetzen.[1)]

b) Verurteilungen auf Grund der aufgehobenen Strafvorschrift über den Ehebruch[2)]

Hatte man bereits bisher im Hinblick auf das Rückwirkungsgebot des § 2 Abs. 2 StGB im Gnadenwege auf die Vollstreckung rechtskräftig verhängter, aber noch nicht verbüßter Strafen verzichtet, so ist nunmehr durch das 1. Gesetz zur Reform des Strafrechts dankenswerterweise eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung für diese Fälle getroffen worden.

Auszuscheiden sind zunächst die Fälle, die noch bei Gericht anhängig sind; denn hier muß das Gericht - auch noch in der Revisionsinstanz, vgl. § 354a StPO, - das zur Zeit der Entscheidung mildeste Gesetz anwenden, so daß mit der Abschaffung durch das 1. Reformgesetz jede Strafbarkeit

1) gleicher Ansicht, Eilsberger, aaO.
2) vgl.hierzu den Aufsatz von Wulf NJW 1969, S. 1611 f.

entfällt, selbst wenn der Schuldspruch schon rechtskräftig geworden ist.[1)]

Sollte eine Berücksichtigung im Berufungs- oder Revisionsverfahren aus bestimmten Gründen nicht möglich sein, etwa bei Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist oder bei Zurücknahme des Rechtsmittels nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung, so ist ein Straferlaß nach Art. 97 Abs. III des 1. StRG möglich.

Im übrigen bestimmt jetzt Art. 97 I des 1. StRG in Bezug auf alle durch das Gesetz aufgehobenen Vorschriften, also auch auf § 172 StGB, daß bei allen auf Grund dieser Vorschriften rechtskräftig ausgesprochenen Verurteilungen die Strafe erlassen wird.

Etwas differenzierter wird die Behandlung der Strafen, wenn der Täter entweder durch ein und dieselbe Handlung sowohl die aufgehobene wie auch eine andere, weiter in Kraft gebliebene Strafvorschrift verletzt hat. Hier tritt kein automatischer Erlaß ein, vielmehr wird die Strafe dann neu festgesetzt, wenn sie der aufgehobenen Vorschrift entnommen wurde oder wenn sie zwar der anderen Vorschrift entnommen wurde, aber anzunehmen ist, daß das Gericht mit Rücksicht auf die Verletzung der aufgehobenen Vorschrift auf eine höhere Strafe erkannt hat (Art. 97 II 1.StRG i.V.m. §§ 5 I, 5 II, 8 StrFreihG 1968). Desgleichen muß bei einer vorliegenden Gesamtstrafe die rechtskräftig verhängte Strafe neu festgesetzt werden (Art. 97 II) i.V.m§§ 6, 8, StrFreihG 1968). Das gilt jedoch nicht dort, wo die aufgehobene Vorschrift bisher eine andere Strafvorschrift verdrängt hat, wie es etwa in der Regel im Verhältnis des § 172 zum § 185 der Fall war; da hier eine Verurteilung nicht wegen der verdrängten Strafvorschrift erfolgt ist, bleibt es bei der Grundregel des Art. 97 I des 1. StRG.

---

1) Schwarz-Dreher, § 2 Anm. 2 A h; Schwarz-Kleinknecht, StPO, aaO, § 354a Anm. 1.

Damit ist die Darstellung des bisher geltenden Rechtes hinsichtlich der Strafvorschrift über den Ehebruch (§ 172 StGB) in seinen wesentlichen Grundzügen abgeschlossen. Nach einem kurzen Blick auf die Reformbestrebungen sowie auf die Behandlung des Ehebruches in anderen Ländern soll zum Abschluß noch eine Auseinandersetzung mit dieser Vorschrift erfolgen.

3. Teil: Reformbestrebungen

I) Die verschiedenen Entwürfe

1) Ausgangspunkte

Während noch im 19. Jahrhundert sämtliche Landesstrafgesetze - außer Hamburg - an der Strafbarkeit des Ehebruches festhielten und demgemäß diese Strafvorschrift ohne weiteres in das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 übernommen wurde, setzten mit Beginn der Reformarbeiten anfangs des 20. Jahrhunderts erhebliche Kontroversen um die Beibehaltung dieser Vorschrift ein, die deshalb bei allen Entwürfen Gegenstand von Auseinandersetzungen war. Ohne auf die vorgebrachten Argumente hier schon im einzelnen einzugehen - dies soll der Schlußbetrachtung vorbehalten bleiben -, zeigte es sich bald, daß die Stellungnahme zur Bestrafung des Ehebruches nicht ohne eine Klärung des weltanschaulichen Standpunktes abgegeben werden kann.

Letztlich beruht die Entscheidung nämlich darauf, ob man den Schutz des Staates und seiner Ehe- und Familienordnung in den Vordergrund stellt und deshalb für eine Bestrafung eintritt oder ob man den Freiheitsrechten der Bürger den Vorzug einräumt und aus diesem Grunde das strafrechtliche Einschreiten auf ein Minimum beschränkt und von einer Verfolgung des Ehebruches absieht. Diese beiden grundsätzlichen Meinungen beherrschen den Streitstand aller, in unserem Jahrhundert eingebrachten Änderungsvorschläge, wobei in dieser Arbeit nur die amtlichen Entwürfe bzw. die wesentlichen Stellungnahmen dazu aufgeführt werden sollen.

a) Ablehnung einer Bestrafung

Die Entwürfe, die gegen eine Bestrafung des Ehebruches sind, weisen besonders darauf hin, daß dies nicht zu den richtig verstandenen Aufgaben des Strafrechts gehöre, zumal es unmöglich sei, von den einzelnen Bürgern ein bestimmtes moralisches Wohlverhalten gesetzlich zu erzwingen. Das wurde insbesondere auch durch die praktische Wirkungslosigkeit der Vorschrift bewiesen, denn der § 172 StGB diene mehr der Ausübung von unlauteren Machenschaften des betrogenen Ehegatten als etwa einem gerechtfertigten Strafbedürfnis. Der Ehebruch sei eben eine reine innere Handlung, die auf ganz verschiedene, dem Intimbereich eines jeden Menschen angehörenden Gründen beruht, und deshalb schon ihrem Wesen nach einer strafrechtlichen Ahndung entzogen.

b) Notwendigkeit einer Bestrafung

Die befürwortenden Entwürfe dagegen stellen die Einrichtung der Ehe als einer der tragenden Grundlagen unserer Gemeinschaft hervor und leiten daraus den Schluß ab, daß nicht die private Treuwidrigkeit wesentlich sei, sondern der darin enthaltene Angriff auf die staatliche Ordnung durch die Mißachtung dieser bedeutenden Institution der Ehe. Aus diesem Grunde bejaht man sogar eine Verpflichtung des Staates, die Ehe und Familie auch strafrechtlich zu schützen, und lehnt deshalb eine Beseitigung dieser Vorschrift ab, da in der Strafvorschrift über den Ehebruch ein Bekenntnis des Staates zur Ehe zu sehen sei und daß von dieser eine sittenprägende und sittenerhaltende Wirkung ausgehe.

Auf diese dargestellte, gegensätzliche Grundlage lassen sich die beiden Gruppen zurückführen, die sich bei den Reformarbeiten mit einer Änderung der Strafvorschrift über den Ehebruch befaßten.

2) Entwürfe gegen eine Beibehaltung

Unter Berufung auf die ablehnenden Gründe setzten sich bereits der Entwurf Radbruch[1] sowie der Entwurf 1930[2] für eine Abschaffung der Bestrafung des Ehebruches und damit für eine Streichung des § 172 StGB ein. Dieser Meinung schlossen sich dann auch der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches (Besonderer Teil)[3] und der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform an,[4] so daß mit Verabschiedung des von ihm vorbereiteten Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechtes[5] die Strafvorschrift über den Ehebruch mit Wirkung vom 1.9.1969 ersatzlos wegfiel.

3) Entwürfe für ein Bestehenbleiben der Strafvorschrift über den Ehebruch[6]

Die Mehrzahl der Entwürfe aber setzte sich weiter für eine strafrechtliche Verfolgung des Ehebruches ein und versuchten durch eine verbesserte Ausgestaltung der Strafvorschrift die Wirksamkeit zu erhöhen. Nach einem Überblick über die vorgeschlagenen Fassungen soll im nächsten Kapitel kurz auf die geplanten Änderungen eingegangen werden.

a) Der Vorentwurf von 1909

Er enthält im Abschnitt über eine Verletzung des Personenstandes, der Ehe und Familie eine Strafvorschrift über den Ehebruch in seinem § 180 (§ 180 VE): "Der Ehe-

---

1) Entwurf eines Allg.Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 aaO, S. 65

2) sog. Entwurf "Kahl", Materialien, Band 15, aaO, S. 93

3) vorgelegt von Baumann u.a., Tübingen 1968

4) Bundestag-Drucksache V/4094

5) vom 25.6.1969 (BGBl. I 645)

6) Mitgeteilt in den Materialien zur Strafrechtsreform, 3. und 4. Band, Bonn 1954

bruch wird, wenn die Ehe deshalb geschieden ist, mit Gefängnis oder Haft bis zu 2 Jahren bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Der Antrag kann zurückgenommen werden."

b) Der Gegenentwurf von 1911

Unter Beibehaltung der systematischen Einreihung lautet hier der § 232 (§ 232 GE): "Der Ehebruch wird, wenn die Ehe deshalb geschieden ist, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Das Antragsrecht ist ausgeschlossen, wenn der verletzte Ehegatte vor dem Ehebruch die eheliche Gemeinschaft unberechtigt aufgehoben hat."

c) Der Kommissionsentwurf von 1913

In den Vorarbeiten zu einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch reiht dieser Entwurf den Ehebruch unter die "Störung der Familienordnung" ein und trifft in § 337 (§ 337 KE) folgende Bestimmung:

"Der Ehebruch wird, wenn die Ehe deshalb geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten und dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Der Antrag kann zurückgenommen werden. Die Vorschriften über den Übergang des Antragsrechtes (§ 45 Abs. 2) sind nicht anwendbar. War zur Zeit der Tat die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben und ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so kann von Strafe abgesehen werden."

d) Der Entwurf von 1919

In einer neu aufgestellten Gruppe von "Verbrechen und Vergehen gegen Ehe und Elternrechte" findet sich auch eine Regelung über die Bestrafung des Ehebruches in § 339 (§ 339 E 1919):

"Ein Ehegatte, der die Ehe bricht, und sein Mitschuldiger werden mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft.

Die Tat wird nur verfolgt, wenn die Ehe wegen des Ehebruches geschieden worden ist. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein; die Antragsfrist beginnt, sobald der Berechtigte von der Scheidung der Ehe Kenntnis erlangt hat. Der Antrag kann zurückgenommen werden. Mit dem Tode des verletzten Ehegatten erlischt das Antragsrecht. War zur Zeit der Tat die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben, so kann von Strafe abgesehen werden."

e) Der amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925

Hier wird der Ehebruch wieder in die "Verbrechen und Vergehen gegen Ehe und Familie" aufgenommen als § 280 (§ 280 E 1925):

"Wer die Ehe bricht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft.

Die Tat wird nur auf Verlangen des verletzten Ehegatten und nur dann verfolgt, wenn die Ehe wegen des Ehebruches geschieden worden ist.

War zur Zeit der Tat die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben, so kann das Gericht von Strafe absehen."

f) Denkschrift des preußischen Justizministers Kerrl (1933)[1]

Etwas aus dem üblichen Rahmen fällt dieser Vorschlag, der erstmals auch eine generelle Ahndung des Ehetreubruches fordert, der aber schon vom national-sozialistischen Gedankengut weitgehendst beeinflußt ist und hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden soll. Er schlägt vor:

"Der Ehebruch ist zu strafen, wenn er zur Scheidung der Ehe führt.

Dem Ehebruch stehen geschlechtliche Abirrungen und solche Verfehlungen eines Gatten gleich, die in ihrer Schwere im gesunden Volksempfinden dem Ehebruch gleichgestellt werden. Eine Strafverfolgung findet nur auf Antrag des verletzten Ehegatten statt."

g) Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962[2]

Ohne eine Änderung der systematischen Stellung trifft dieser Entwurf - und ihm wörtlich folgend auch der Entwurf "Güde", der von einigen Abgeordneten eingebracht wurde,[3] - über den Ehebruch in § 193 (§ 193 E 1962) folgende Bestimmungen:

"Wer seine Ehe oder eine fremde Ehe bricht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Strafhaft bestraft. Die Tat wird nur auf Antrag und nur dann verfolgt, wenn die Ehe wegen des Ehebruches geschieden worden ist."

Damit sind alle wesentlichen Entwürfe seit Erlaß des RStGB bis zur gesetzlichen Aufhebung des § 172 StGB mit ihren Regelungen bezüglich einer Strafbarkeit des Ehebruches angeführt. Im Folgenden sollen sie auf ihren Fortschritt bzw. auf ihre Verbesserungen oder Verschlechterungen hin kurz überprüft werden.

---

1) Mitgeteilt von Kretzschmar, aaO, S. 26

2) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962, mit Begründung

3) Bundestag Drucksache V/32

II) Ausgestaltung und Änderung einzelner Bestimmungen

1) Systematische Stellung:

Einigkeit herrscht bei allen Vorschlägen darüber, daß eine Einreihung des Ehebruches in die Gruppe der Sittlichkeitsdelikte das Wesen dieses Vergehens völlig verkennt. So wird auch überall betont, daß das Delikt seine Rechtfertigung nicht in einem Verstoß gegen die geschlechtliche Sittlichkeit finden kann, weil nicht der Beischlaf als solcher bestraft werden soll, sondern die mit ihm verbundene Gefährdung oder gar Verletzung von Ehe und Familie.

Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß die wesentliche Bedeutung dieser Vorschrift darin liegt, die grundsätzliche Stellung des Staates zur Einrichtung der Ehe als einer der Grundlagen des Staates zum Ausdruck kommen zu lassen. Nicht die private Treueverletzung oder die persönliche Beleidigung des betrogenen Ehegatten sollen strafrechtlich geschützt werden, sondern die in jedem Angriff auf die Ehe gleichzeitig enthaltene Gefährdung des Staates selbst. Demgemäß wird der Ehebruch überall richtig eingeordnet, wobei es nur eine Frage der Gesamtgliederung des Strafgesetzbuches bzw. der sprachlichen Formulierung ist, ob sich der Ehebruchsparagraph im Abschnitt über eine "Verletzung des Personenstandes, der Ehe und Familie", über eine "Störung der Familienordnung" oder über "Vergehen gegen Ehe und Elternrechte" befindet.

2) Der Tatbestand

a) Sprachliche Fassung

Festgehalten wird daran, daß man auf eine genaue Definition des Ehebruches verzichtet, so daß weiterhin der historisch gewordene Begriff des außerehelichen Beischlafes zugrunde zu legen ist. Eine Änderung ist nur insoweit fest-

zustellen, daß in den späteren Entwürfen nicht mehr der "Ehebruch" bestraft wird, sondern "der Ehegatte, der die Ehe bricht, und sein Mitschuldiger" bzw. "wer seine Ehe oder eine fremde Ehe bricht". Damit ist aber keine sachliche Änderung verbunden, denn strafbar bleiben weiterhin der treulose Ehegatte und sein Ehebrecher, egal, ob dieser selbst auch verheiratet ist oder nicht. Mit der umgestalteten Fassung wollen die Entwürfe nur stärker und besser zum Ausdruck bringen, daß nicht die Tat als solche, sondern die Täter als Gegenstand der strafrechtlichen Aburteilung zu sehen sind, so daß diese rein sprachliche Änderung nur als deutliches Bekenntnis zu einem Täterstrafrecht aufzufassen ist, ohne daß damit in der Sache Neuerungen eingeführt werden sollen. Aus diesem Grunde ist diese Verbesserung in der Formulierung als geglückter Änderungsvorschlag zu begrüßen und deshalb zu Recht den neueren Entwürfen zugrunde gelegt.

b) Ausweitung des Begriffes

Allein die oben angeführte Denkschrift hat die Konsequenzen daraus gezogen, daß eine Ehe nicht allein durch den außerehelichen Beischlaf verletzt werden kann, sondern oft noch schwerer durch anderweitige Verstöße eines Ehegatten, wobei hier geschlechtliche Abirrungen und ehebruchsähnliche Verfehlungen aufgeführt werden. So richtig es auch ist, daß oft andere Verhaltensweisen eine Ehe stärker zerrütten als ein - vielleicht nur einmaliger - Ehebruch, wobei man nur an Ehegatten zu denken braucht, die ihre Partner fortwährend lieblos behandeln oder die als Säufer, Raufbolde, Verschwender jede Ehe zugrunderichten, so ist diese Denkschrift eine Bestätigung der bereits oben bei der Darstellung des geltenden Rechtes gegen eine solche Erweiterung des Tatbestandes vorgebrachten Bedenken. Mangels jeder Möglichkeit, nun sämtliche denkbaren Fälle einer Ehezerstörung aufzuzählen, die schon daran scheitern muß, daß die verschiedenen Handlun-

gen ja bei jedem Ehepaar ganz unterschiedliche Wirkungen hervorrufen können, je nachdem, wie tolerant die Eheleute ihr Zusammenleben gestalten, kann man nämlich nur auf eine vage Generalklausel zurückgreifen, die notwendigerweise so unbestimmt bleiben muß, daß eine effektvolle Handhabung damit ausscheidet. Für den einzelnen ist es einfach nicht voraussehbar, ob sein Verhalten nun in seiner Schwere einem Ehebruch gleichsteht und er deshalb mit einer Bestrafung rechnen muß oder nicht. Ein - in der nationalsozialistischen Zeit übliches - Abstellen auf das "gesunde Volksempfinden" kann in einem pluralistischen Staat, der die verschiedensten Strömungen zusammenfassen und respektieren muß, in keiner Weise weiterhelfen, weil sich eine solche allgemeingültige Überzeugung der Bevölkerung hinsichtlich der Verwerflichkeit eines bestimmten Verhaltens gar nicht bilden kann. Eine derartige Ausuferung des Begriffes kann deshalb auch keinen besseren Schutz der Ehe und Familie herbeiführen, so daß alle übrigen Entwürfe zu Recht auf eine materielle Änderung des Tatbestandes verzichtet haben.

3) Die Ehescheidung

Einhellig halten sämtliche Entwürfe, soweit sie den Ehebruch strafbar lassen, an dem Erfordernis der Ehescheidung fest, wobei sich auch hier wieder die neueren Entwürfe (E 1919, E 1925 und E 1962) durch größere Klarheit auszeichnen, indem sie die Notwendigkeit einer vorausgehenden Ehescheidung ausdrücklich als Strafverfolgungsvoraussetzung einordnen und dem Antragserfordernis gleichstellen.

Bei den Beratungen jedoch wurden auch eine andere Ausgestaltung, ja sogar die völlige Abschaffung der Scheidungsvoraussetzung diskutiert, weshalb auf diese Fragen kurz eingegangen werden soll.

a) Absehen von der identischen Ehescheidung

So war bei den Beratungen des E 1962 der Vorschlag Gegenstand einer längeren Auseinandersetzung, ob man nicht auf eine Scheidung "wegen des Ehebruches" verzichten solle.[1] Begründet wurde dies damit, daß man dann das unwürdige Aushandeln über Unterhalts- und Personenfragen vor der Erhebung der Scheidungsklage verhindern könne; auch könnte der Fall besser gelöst werden, wo im Zivilurteil der klagende Ehegatte auf Antrag des Beklagten für mitschuldig erklärt wurde, weil er selbst einen, inzwischen verjährten, Ehebruch begangen hat. Demgegenüber wurde darauf verwiesen, daß auch dies keine Patentlösung darstelle, da einmal auch bei einer einverständlichen Scheidung nachträglich noch der Strafantrag gestellt werden könne, zum anderen die Gefahr von Erpressungen noch erhöht würde, wenn nunmehr ein weiteres ehebrecherisches Verhalten gegenständlich gemacht werden könne. Zudem wäre es auch bedenklich, wenn nun nach einer Scheidung - aus welchem Grunde auch immer - derjenige Teil, der irgendwann einmal einen Ehebruch begangen hat, nun deshalb noch bestraft werden könne. Der andere Teil hätte nämlich dann einen Freibrief für alle Eheverfehlungen anderer Art, da er einer geplanten Scheidungsklage des einmal untreuen Gatten immer entgegenhalten können, dann würde er eben nach der Scheidung wegen des früheren Ehebruches Strafantrag stellen. Eine Verbesserung mit dem Wegfall des Identitätserfordernisses wäre deshalb nicht zu erreichen, so daß ein Verzicht abzulehnen wäre. Die überwiegenden Nachteile führten dann dazu, daß man weiterhin an der Scheidung "wegen des Ehebruches" festhielt.

b) Wegfall der Scheidungsvoraussetzung

Auf Grund vieler Eingaben - besonders von betrogenen Ehefrauen - an das Bundesjustizministerium wurde auch der

1) Niederschriften, aaO, S. 366/367 (Vorschlag von Dr. Koffka)

Vorschlag unterbreitet, auf des Erfordernis einer Ehescheidung für die strafrechtliche Aburteilung ganz zu verzichten. Es handelte sich dabei hauptsächlich um solche Fälle, wo eine Gattin eine glückliche Ehe, in der mehrere Kinder vorhanden waren, führte und der Mann nunmehr mit einer jüngeren Freundin ein intimes Verhältnis unterhielt. Solche Frauen sind vielfach zu einer Ehescheidung nicht bereit, sondern hoffen, im Falle einer Bestrafung der Ehebrecherin den eigenen Mann wieder zurückgewinnen zu können.[1)]

Ob man nun die Bestrafung allein auf den in die Ehe eindringenden Dritten beschränken soll, wird noch untersucht werden. Dagegen bestehen aber grundlegende Bedenken gegen die Ansicht, eine Bestrafung während bestehender Ehe stelle einen Fortschritt dar, denn eine solche wäre wohl mit dem Wesen einer Ehe schwerlich vereinbar. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Regelung erst recht ehezerstörend wirken und den untreuen Gatten zur endgültigen Lösung der Bindung mit seiner Familie veranlassen würde, kann der staatliche Schutz der Ehe nicht so verstanden werden, daß die Ehegatten durch Verhängung von strafrechtlichen Folgen zu einem Wohlverhalten gezwungen werden müssen. Ein Eingriff des Staates in eine bestehende Ehe ist deshalb auf das Entschiedenste abzulehnen.

4) Der Strafantrag

In gleicher Weise, wie alle Entwürfe an einer der Strafbarkeit vorausgehenden Ehescheidung festhalten, lassen sie eine strafrechtliche Verfolgung wegen Ehebruches nur zu, wenn ein dementsprechender Antrag des verletzten Ehegatten vorliegt. In der Ausgestaltung dieses Antragsrechtes lassen sich jedoch einige Änderungen feststellen, die teilweise der Klarstellung und teils einer vernünftigen Handhabung dieses Rechtes dienen sollen.

1) Niederschriften, aaO, S. 365 (Bericht von Dr. Sturm)

a) Regelung des Fristbeginnes

In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung wurde die Frage, ab wann die Frist zur Antragstellung zu laufen beginnt, nicht immer einheitlich beantwortet. Aus diesem Grunde erkannte schon der E 1919 die Notwendigkeit, dies im Gesetz nunmehr ausdrücklich zu bestimmen, und legte deshalb den Fristbeginn fest, indem er ihn ab Kenntnis von der Scheidung für den Berechtigten laufen ließ. Dabei wurde diese Regelung unmittelbar in die Strafvorschrift des Ehebruches aufgenommen im Anschluß an das Antragserfordernis. Sachlich befindet sich damit dieser Entwurf in Übereinstimmung mit der bereits dargestellten Rechtsprechung des Reichsgerichtes, die die Antragsfrist von dem Zeitpunkt an rechnet, wo der Antragsberechtigte von der Rechtskraft des Scheidungsurteils Kenntnis erlangte, so daß materiell diese Regelung eine Zustimmung verdient.

Gerade im Hinblick auf eine Strafgesetzbuchänderung, die ja einen moderneren und besser geordneten Inhalt bringen soll, erscheint es aber unpraktisch, diese Bestimmung über den Fristbeginn beim betreffenden Delikt selbst aufzunehmen. Denn dieses Problem taucht nicht allein beim Ehebruch auf, sondern auch bei verschiedenen anderen Tatbeständen, so daß eine solche Regelung einen besseren Platz im allgemeinen Teil findet. Diese Folgerung hat zu Recht der E 1962 in seinem § 123 Abs. 2 Satz 2 gezogen, wonach dann, wenn "die Verfolgbarkeit der Tat auch von einer Entscheidung über die Nichtigkeit oder Auflösung einer Ehe abhängt, die Frist nicht vor Ablauf des Tages beginnt, an dem der Berechtigte von der Rechtskraft der Entscheidung Kenntnis erlangt." Durch eine solche vereinfachte und allgemein gültige Festlegung des Fristbeginns wird dann eine bisher offene Frage gesetzlich genau beantwortet.

b) Rücknahme des Antrages

Im geltenden Recht war es beim Ehebruch nicht möglich, den einmal gestellten Antrag wieder zurückzunehmen, da § 172 StGB eine entsprechende Bestimmung nicht enthielt (§ 64 StGB). Ob dieser Ausschluß beibehalten werden sollte oder nicht, wurde von den Entwürfen nicht einheitlich beantwortet. § 180 VE, § 337 KE und § 339 E 1919 bejahen eine solche Zurücknahme ausdrücklich in ihrem Ehebruchsparagraphen, was auf Grund des § 64 StGB dort auch geregelt werden mußte, während die übrigen Entwürfe mangels einer solchen Bestimmung dies ablehnen. Die Entscheidung zu dieser Frage fällt nicht leicht. Einmal ist nämlich darauf hinzuweisen, daß richtiger Ansicht nach durch den Ehebruch vor allem die staatliche Institution der Ehe angegriffen und verletzt wird, so daß es nach einmal erfolgter Antragstellung nicht weiterhin noch im Belieben des Verletzten stehen kann, ob er nun die Verfolgung wieder rückgängig machen will. Denn es ist sicher nicht Aufgabe des Strafrechts, lediglich den "Handlanger" für den betrogenen Ehegatten zu machen. Andererseits wird gerade beim Ehebruch der Antrag häufig übereilt gestellt, oft noch in der ersten Erregung und in Nachwirkung des manchmal erst recht kränkenden, mit gegenseitigen Vorwürfen ausgestatteten Ehescheidungsverfahrens. Daß dieser Antrag dann einer friedlichen, der Scheidung nachfolgenden Regelung hinsichtlich der Kinder und der Vermögensverhältnisse entgegensteht, spricht für eine Rücknehmbarkeit des Antrages, da mit Ablauf einer gewissen Zeit erfahrungsgemäß die anfängliche Erregung nachläßt. Erklärt daraufhin der Verletzte, daß ihm die Feststellung der Schuld des anderen im Scheidungsurteil genüge, so sollte der Staat mit Rücksicht auf die Ehe und Familie von einem Einschreiten absehen, wenngleich nicht außer Betracht bleiben soll, daß u.U. bereits Ermittlungen größeren Umfangs von der Staatsanwaltschaft zur Vorbereitung der Anklage durchgeführt sein können. Es ist aber immer noch besser, daß

dann der Staat auf seinen Strafanspruch verzichtet, als wenn durch ein Strafverfahren die nunmehr geglätteten Wogen unter den Beteiligten wieder aufgewühlt werden. Trotz mancher Bedenken empfiehlt sich daher, beim Ehebruch eine Rücknahme des Strafantrages zuzulassen (so auch § 125 I E 1962).

c) Übertragbarkeit des Antragsrechtes

Während im derzeit geltenden Strafrecht Einigkeit darüber herrscht, daß das Antragsrecht höchstpersönlich ist und deshalb auch nicht auf die Erben übergeht,[1] wurde bei den Reformarbeiten darüber diskutiert, ob das Antragsrecht vererblich sein soll oder nicht. So erklärte § 72 III VE, daß das "Strafantragsrecht auf den hinterbliebenen Ehegatten, die Kinder und in Ermangelung dieser Personen auf die übrigen Verwandten gerader Linie sowie Geschwister des Verletzten übergeht." Demgegenüber schließt § 337 KE den an sich nach § 45 II KE zulässigen Übergang des Antragsrechtes aus und auch § 339 GE läßt das Antragsrecht mit dem Tode des verletzten Ehegatten erlöschen. In diesem Punkte ist aber unbedingt am derzeitigen Rechtszustand festzuhalten. Denn, wenn das Gesetz schon die Verfolgung einer Straftat von einem Strafantrag abhängig macht, so tut es dies nur, um auf berechtigte Interessen des Verletzten Rücksicht zu nehmen. Dies gilt in besonderem Maße bei dem Delikt des Ehebruches, das tatsächlich den betrogenen Ehegatten in seinem innersten Bereich trifft. In Anbetracht dieses höchstpersönlichen Eingriffs verlangt ja das Strafgesetzbuch trotz der an sich gegebenen Verletzung einer staatlichen Institution zur Verfolgung noch den Antrag des Verletzten. Diese Rücksichtnahme würde hinfällig, wenn es nicht mehr auf dessen Willen allein ankäme, sondern eventuell darüber nahe Verwandte be-

1) Vgl. Schönke-Schröder, aaO, § 61 Anm. 12; Schwarz-Dreher, aaO, § 61 Anm. 1 Bc.

stimmen würden, die immer nur Außenstehende bezüglich der Ehe sein können. Jegliche Übertragbarkeit oder Vererblichkeit ist deshalb abzulehnen, da die Entscheidung über eine Antragstellung allein dem betroffenen Ehegatten vorbehalten bleiben muß.[1)]

d) Ausschluß des Antragsrechtes in bestimmten Fällen

In dem Bemühen, die als nachteilig erkannten Fälle ehelicher Rachsucht auf ein Mindestmaß zu beschränken, schlug man eine gesetzliche Regelung dergestalt vor, daß bei Vorliegen gewisser Umstände dem betroffenen Ehegatten ein Antragsrecht versagt wird. Dort nämlich, wo der Antragsberechtigte selbst entweder den Ehebruch mitverschuldet hat oder doch mit ihm einverstanden war, sollte ihm die Möglichkeit genommen werden, nachträglich nun doch noch die Angelegenheit vor den Strafrichter zu bringen. Ausdrücklich geregelt wurde diese Frage allerdings nur im § 232 Abs. 2 GE, der ein Antragsrecht dann ausschließt, wenn der verletzte Ehegatte vor dem Ehebruch die eheliche Gemeinschaft unberechtigt aufgehoben hat, weil man dann weder von einer Verletzung des Rechtsgutes der ehelichen Treue noch von einer Gefährdung der Familienordnung sprechen könne. Ein noch weitergehenderer Vorschlag wurde bei den Beratungen zum E 1962 gemacht, in dem man entsprechend dem schweizerischen Vorbild (Art. 214 Abs. 4 Schweiz.StGB) dem Ehegatten kein Antragsrecht geben wollte, der dem Ehebruch zugestimmt oder ihn verziehen oder selbst die Ehe gebrochen hat.[2)] Der Ausschluß des Antrages in den beiden zuerst genanntem Fällen erscheint durchaus sachgerecht, denn damit ist ja an sich bereits die Möglichkeit einer

---

1) So im Ergebnis auch der E 1962, der zwar einen Übergang des Antragsrechtes in § 121 Abs. 2 vorsieht, dies aber auf gesetzlich bestimmte Fälle beschränkt, zu denen der Ehebruch nicht gehört.

2) Vorschlag von Prof. Dr. Welzel, Niederschriften, aaO, S. 367

Ehescheidung ausgeschlossen (vgl. § 42 Abs. 2 EheG). Es ist nicht recht einzusehen, warum dann, wenn diese Geltendmachung - aus welchen Gründen auch immer - im Scheidungsprozeß unterblieben ist, der andere Gatte, der die Scheidung an sich gar nicht verlangen könnte, nun auch noch eine strafrechtliche Verfolgung beantragen kann. Oft genug wird auf die Einwendung des § 42 Abs. 2 EheG nur deshalb verzichtet, weil man sich beiderseits darüber einig ist, daß man an einer Fortsetzung der Ehe nicht mehr festhalten will. Benützt dann der betroffene Gatte dieses Entgegenkommen seines Partners nachträglich dazu, nun doch Strafantrag wegen des Ehebruches zu stellen, so sollte der Staat sich nicht dazu hergeben, ein solch unredliches Verhalten noch zu unterstützen und es zum Anlaß eines strafrechtlichen Einschreitens zu nehmen. Die Tatsache einer Zustimmung oder Verzeihung allein auf Seiten des Verletzten sollte genügen, um eine Verfolgung der an sich strafbaren Tat auszuschließen ohne Rücksicht darauf, ob diese Umstände im Zivilprozeß zur Sprache kamen oder nicht, damit wenigstens hier der Zufall ausgeschaltet wäre. Andererseits darf beim Antragsausschluß im Falle eines eigenen Ehebruches des Verletzten trotz der an sich erst recht gegebenen Berechtigung nicht die Gefahr übersehen werden, die dann vorliegt, wenn dieser Ehebruch schon längere Zeit zurückliegt. Hier könnte nämlich der einmal untreue Ehegatte nie mehr gegen seinen anderen Gatten strafrechtlich vorgehen, so daß dieser eine Art "Freischein" für ein ehebrecherisches Verhalten bekäme, was sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes wäre. Es hätte sich daher wohl eine zeitliche Beschränkung empfohlen, etwa in Übereinstimmung mit dem Ausschluß des Scheidungsrechtes nach dem Ehegesetz in der Form, daß zwar das Antragsrecht dem Ehegatten versagt bleibt, der selbst die Ehe gebrochen hat, daß aber dies nicht gelten soll, wenn dieser Ehebruch verziehen wurde oder wenn seither 10 Jahre verstrichen sind. Bei einer derartigen sachgerechten Einschränkung stellt dann der Vorschlag des Antragsausschlusses eine Verbesserung dar, weil

damit ein Teil jener Fälle ausgeschaltet wird, wo eine strafrechtliche Verfolgung des Ehebruches nur aus niedrigen Motiven verlangt wird.

e) Genereller Verzicht auf den Antrag

Aufgeworfen wurde im Rahmen der Reform auch die Frage, ob man nicht ganz von der Antragsvoraussetzung absehen und eine Verfolgung von Amts wegen einführen soll.[1] Denn an sich ist das Antragserfordernis nicht ganz konsequent, wenn man die Ehe als staatliche Institution als das geschützte Rechtsgut in den Vordergrund stellt. Zu Recht wird betont, daß eine wirkliche Bestrafung des Ehebruches nur bei einer Verfolgung von Amts wegen gegeben wäre,[2] denn damit würden alle persönlichen Unzulänglichkeiten, die mit einem Strafantrag nun einmal verbunden sind, ausgeschaltet werden können. Dennoch scheitert ein solches amtliches Einschreiten an der praktischen Unmöglichkeit; ließe man ein solches Vorgehen zu, würde also der Staat von sich aus sich um die intimen Angelegenheiten der Eheleute kümmern, so wäre das Leben unerträglich. Dadurch würde mehr Unheil angerichtet, da dann dem Denunziantentum Tür und Tor geöffnet wäre, müßte doch die Staatsanwaltschaft auf verdächtige Anzeigen hin ihre Ermittlungen aufnehmen. Die Besonderheit des ehelichen Zusammenlebens verlangt zudem die Respektierung des Willens des verletzten Gatten, will man nicht zu der kuriosen Situation gelangen, daß ein Ehegatte wegen Ehebruches angeklagt und verurteilt wird, obwohl sein Partner dieser Treulosigkeit keine größere Bedeutung beimißt und demnach bereit ist, die Ehe fortzusetzen. Daß ein solches Vorgehen auch mit dem Recht eines jeden Staatsbürgers auf freie Gestaltung seines Lebens (Art. 2 GG) nicht vereinbar wäre, sei nur noch am Rande erwähnt. Ein Verzicht auf den Antrag als

1) So Fränkel, Niederschriften, aaO, S. 366
2) Vgl. Dr. Dünnebier, Niederschriften, aaO, S. 366

Voraussetzung einer strafrechtlichen Verfolgung des Ehebruches ist daher mit aller Entschiedenheit abzulehnen.

5) Berücksichtigung von Ausnahmefällen

a) Absehen von einer Strafe

In der Erkenntnis, daß selbst dann, wenn die aus Rücksicht auf die Ehe und die Eheleute aufgestellten Verfolgungsvoraussetzungen der Scheidung und des Antrags vorliegen, immer noch Fälle vorliegen können, in denen eine Bestrafung unangebracht erscheint, bemühte man sich, auch hierfür eine gesetzliche Regelung aufzustellen. So sollte die Möglichkeit eines Absehens von einer Strafe dann gegeben sein, wenn zur Tatzeit die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben war (so § 339 E 1919 und § 280 E 1925), wobei der § 337 KE zur Verdeutlichung des noch davon abhängig macht, daß "nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten ist". Man ging dabei davon aus, daß im Falle einer solchen Aufhebung, ob sie nun tatsächlich oder auf Grund eines Urteils oder einer anderen gerichtlichen Anordnung erfolgt ist (vgl. etwa § 1353 Abs. 2 BGB, § 76 EheG, § 627 ZPO), die Ehe bereits so weit zerrüttet sein kann, daß eine Bestrafung eines in dieser Zeit vollzogenen Ehebruches nicht mehr sinnvoll sein kann. Auch hier ist der Grundgedanke im Prinzip anzuerkennen. Die Bedenken decken sich mit den bereits beim Ausschluß des Antragsrechts erwähnten Befürchtungen. Abgesehen von dem Nachteil einer "Kann"-Bestimmung, die je nach Einstellung des Richters zu höchst unterschiedlichen Entscheidungen führen kann, bestünde wiederum die Gefahr des Mißbrauches, daß nämlich der treulose Gatte vorsichtshalber die häusliche Gemeinschaft rechtzeitig aufhebt, um so einer Bestrafung eventuell entgehen zu können.[1] Auch be-

1) Dr. Sturm, Niederschriften, aaO, S. 364

stehen grundsätzlich Bedenken gegen eine in das Ermessen des Gerichtes gestellte Wahl einer Durchführung oder eines Verzichts auf strafrechtliche Ahndung, weil damit eine Vorschrift an Überzeugungskraft wesentlich verliert. Es wäre daher als Empfehlung höchstens daran zu denken, die gesetzliche Fassung bestimmter und klarer auszugestalten, indem man generell einen Strafausschließungsgrund dann annimmt, wenn die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zumindest überwiegend vom verletzten Ehegatten verschuldet wurde. Schränkt man die Regelung derart ein, so könnte dieser Zusatz für eine gerechte Aburteilung des Ehebruches von Vorteil sein und daher auch als Bestandteil der gesetzlichen Strafvorschrift akzeptiert werden.

b) Beschränkung der Bestrafung auf Dritte

Durch die heute gegebene Teilbarkeit des Antragsrechts[1] besteht bereits die Möglichkeit, die Strafverfolgung auf den Außenstehenden allein zu beschränken. Die Frage geht deshalb allein dahin, ob man nicht ohne eine vorher notwendige Ehescheidung gegen den Dritten nur auf Grund eines Strafantrages des verletzten Ehegatten vorgehen könnte. Daß damit eine stärkere abschreckende Wirkung für einen Außenstehenden verbunden ist, kann nicht geleugnet werden, weil er dann bereits für ein einziges "Abenteuer" zur Rechenschaft gezogen werden könnte, ohne daß dieser Seitensprung bei dem verheirateten Partner zur Scheidung seiner Ehe führen müßte. Bestehen aber bereits gegen eine solche Ungleichbehandlung der beiden Ehebrecher hinsichtlich der Bestrafung verfassungsrechtliche Bedenken, so darf nicht verkannt werden, daß in den meisten Fällen dieser, überwiegend doch von Rachsucht geleiteter Schritt des verletzten Ehegatten bei seinem Ehepartner auf wenig Verständnis stoßen und häufig wohl die Ehe endgültig zerstören wird. Diese Gründe lassen die Einführung einer "Sonderbestrafung

1) S. oben S. 175 Anm. 6

des extraneus bzw. der extranea" als wenig empfehlenswert erscheinen, so daß man auf eine solche doch mehr unzweckmäßige Bestimmung verzichten sollte.[1)]

6) Der Strafrahmen

Entsprechend der jeweiligen Einstellung des Reformvorschlages gehen die Ansichten hierbei erheblich auseinander.

a) Erhöhung wegen der Effektivität

Die meisten Entwürfe wiesen in ihren Begründungen auf die Bedeutung des verletzten staatlichen Rechtsgutes hin und empfehlen daher eine - zum Teil beträchtliche - Erhöhung der Ehebruchsstrafe. Vor allem der VE fordert ein Höchstmaß von 2 Jahren Gefängnis, um so die schweren und von verantwortungsloser Gesinnung des Täters zeugenden Fälle härter und damit gerechter bestrafen zu können. Auch die anderen Entwürfe erkennen an, daß eine Erhöhung geboten ist, um so besonders leichtfertige und folgenschwere Störungen des Familienlebens besser sühnen zu können und damit gleichzeitig dem Ehebruchsdelikt eine seiner Bedeutung angemessene Strafdrohung zuzuerkennen. In den meisten Vorschlägen wird daher eine Erhöhung des Strafmaßes bis zu einem Jahr Gefängnis empfohlen.

b) Milderung durch Haft- oder Geldstrafe

Auf der anderen Seite sind aber gerade beim Ehebruch auch Fälle denkbar, wo den Täter nur eine geringe Schuld trifft, etwa weil der verletzte Gatte die Ehe bereits vor dem Fehltritt des anderen entscheidend zerstört hatte. Mit Rücksicht auf solche oft entschuldigenden Umstände wird

---

1) Siehe auch Dr. Sturm, aaO, S. 365

deshalb auch die Anwendung der milden Haftstrafe vorgeschlagen, um so dem Strafrichter wirklich die Möglichkeit zu geben, den Einzelfall gerecht aburteilen zu können. Andere sehen von vornherein in der Ehebruchsstrafe nur eine Art Ordnungsstrafe für die Verletzung der staatlichen Eheordnung und halten deshalb die Haft - als Regelstrafe für ausreichend und wollen die Gefängnisstrafe (mit dem vollauf genügenden Höchstmaß von 6 Monaten) nur in schweren Fällen angewendet wissen. [1] Daß nach Einführung des § 27b StGB im Jahre 1924[2] die Möglichkeit der Umwandlung kurzzeitiger Freiheitsstrafen in Geldstrafen gegeben war, machte natürlich das Strafmaß beim Ehebruch noch variabler. Deshalb erschien die letzte Lösung (1 Jahr Gefängnis als Höchststrafe mit Möglichkeit der Verhängung von Haft- und Geldstrafen in leichten Fällen) der Ahndung des Ehebruches einen genügend großen Spielraum zu geben, um den jeweiligen zur Aburteilung stehenden Einzelfall schuldangemessen aburteilen zu können.

Insgesamt brachten die Reformarbeiten manche guten Änderungsvorschläge, mußten aber letztlich immer wieder davor kapitulieren, daß der Ehebruch als vorwiegend rein persönliches und intimes Delikt letztlich eben dem Wesen der Strafe unerreichbar bleiben muß.

---

1) So etwa Kohler GA 56, 297 ff.

2) VO v. 6.2.1924 (RGBl. I 44)

4. Teil: Rechtsvergleichender Überblick

I) Die Behandlung des Ehebruches im Ausland

Um eine so schwierige und unterschiedlich gehandhabte Strafvorschrift wie jene über den Ehebruch umfassend würdigen zu können, erscheint es auch notwendig, einen Blick auf die ausländischen Strafrechte zu werfen. Natürlich müssen hierbei die unterschiedlichen Auffassungen des jeweiligen Kulturkreises, oft auch der maßgeblichen Ideologie berücksichtigt werden, so daß an sich ein solch rechtsvergleichender Überblick noch keinen Schluß in die Richtung zuläßt, ob man im eigenen Rechtskreis der in anderen Ländern überwiegenden Meinung folgen soll oder nicht. Andererseits ist dies aber ein interessanter Vergleich, mit welcher Zielsetzung die einzelnen Länder sich um den Schutz der Ehe im Strafrecht bemühen. Dabei zeigt sich fast ein ähnlich wirres Bild im Hinblick auf die Bestrafung des Ehebruches, wie wir es bei dem geschichtlichen Überblick feststellen konnten. Man sieht eben überall, wie letztlich doch auch das Strafrecht von seiner Umwelt beherrscht oder zumindest beeinflußt wird; insbesondere dort, wo noch ein starker religiöser Einfluß herrscht, hält man an der Bestrafung fest, während vor allem in den osteuropäischen Staaten dieses Delikt fast völlig verschwunden ist. Insgesamt gesehen muß aber doch gesagt werden, daß seit Beendigung des 2. Weltkrieges gerade auch die Auseinandersetzung mit einer solchen Strafvorschrift wie der über den Ehebruch stark eingesetzt hat und im Hinblick darauf viele Änderungen durchgeführt wurden, wobei die Tendenz unverkennbar dahin geht, man solle auf eine Bestrafung des Ehebruches verzichten.

Im Folgenden sollen im Rahmen einer kurzen Darstellung, die nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, wenigstens die Ansichten bzw. die Ausgestaltungen dieser Straf-

vorschrift in den wichtigsten Ländern aufgezeigt werden, um auch aus dieser Sicht eine Grundlage für die abschließende Würdigung zu finden.

1) Länder ohne Strafdrohung

a) Fehlen einer solchen Strafvorschrift bzw. deren geplante Abschaffung

Bahnbrechend wie auf so vielen Gebieten der Sexualität waren auch in diesem Fall die nordischen Länder Europas, die als erste entschlossen an einer Aufhebung der Strafvorschrift über den Ehebruch arbeiteten. Auf Grund des festgestellten Auseinanderfallens von Strafgesetz und Rechtswirklichkeit gerade auf diesem Gebiet und in der Erkenntnis, daß die Frage der ehelichen Untreue außerhalb des richtig verstandenen gesellschaftlichen Strafbereiches steht und daß dem Strafgesetzgeber keine moralwahrenden Funktionen, die er einfach nicht erfüllen könne, auferlegt werden dürfen, entschloß man sich zuerst in diesen Ländern, die Strafbestimmung über den Ehebruch als ein "antiquiertes Überbleibsel einer kriminalpolitischen Vergangenheit", in der man die Bedeutung von Strafandrohungen innerhalb der menschlichen Intimsphäre überbewertet hatte, aufzuheben.[1] Kurz und prägnant wird diese Erkenntnis in der schwedischen Regierungsvorlage ausgedrückt, wo es heißt: "Die Reinheit des Familienlebens wird gewiß als ein hohes Gut anerkannt, das Strafgesetz als Instrument zu ihrer Wahrung hat aber versagt. Kriminalbestimmungen dieser Art, die Papier geworden sind, schädigen die Staatsautorität und entwerten das Strafgesetz."[2] Dementsprechend schafften die nordischen Staaten eine Bestrafung des Ehebruches ab und zwar Norwegen schon im Jah-

1) So Simson NJW 1966, 963

2) Mitgeteilt bei Simson, aaO, S. 964

re 1927, Dänemark im Jahre 1930, Schweden 1937 und schließlich auch Finnland im Jahre 1948.

Ein weiterer Staatenblock, der von einer Bestrafung absieht, hat sich nach dem 2. Weltkrieg im osteuropäischen Raum gebildet, wo man in der UdSSR und entsprechend dem Allunionsgedanken auch in den übrigen osteuropäischen Ländern (mit einer Ausnahme: Rumänien) in den neuen Strafgesetzbüchern eine derartige Strafvorschrift nicht mehr aufnahm.

Demzufolge findet sich in den Strafgesetzbüchern der UdSSR, von Polen, Ungarn, der Tschechoslowakei und Jugoslawien keine Bestimmung mehr über den Ehebruch. Stellvertretend für diese Gruppe soll auch hier eine Begründung, nämlich die des jugoslawischen Gesetzbuches wiedergegeben werden. Zwar steht auch dort die Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz des Staates (Art. 26 der Bundesverfassung), dennoch wurde eine Kriminalisierung des Ehebruches abgelehnt. "Durch rücksichtslosen Schutz der ehelichen Treue wird das Gegenteil erreicht. Das Strafverfahren ist in diesem Falle (Privatanklage) gewöhnlich ein Racheakt; die Ehe wird hierdurch nicht befestigt, sondern endgültig zerstört."[1] In Übereinstimmung mit diesen Zielen stand auch die Strafrechtsreform der SED mit der Folge, daß auch in der DDR 1968 im Zuge der Einschränkungen auf dem Gebiet des Sexualstrafrechtes die Strafbarkeit des Ehebruches entfallen ist.[2]

Die Straflosigkeit in England und folglich auch in den meisten Commonwealth-Ländern (z.B. Australien) ist vor allem historisch bedingt, da dort die Bestrafung dieses Delikts stets zur Zuständigkeit der geistlichen Gerichte gehörte. Zwar ist auch dort anerkannt, daß rechtswidrige

---

1) mitgeteilt von Dr. Munda in: "Das ausländ. Strafrecht", aaO, 1. Band, S. 412, 427

2) Rosenthal, W., Strafrechtsreform der SED, aaO, S. 6

geschlechtliche Beziehungen die Grundlage des rechtlich geordneten Familienlebens verletzen, doch hat dies nur zur Folge, daß der Ehebruch eine schwere, zur Scheidung berechtigte Eheverfehlung, jedoch keine strafbare Handlung darstellt.[1)]

Durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1947 wurde auch in Japan die Bestimmung über den Ehebruch völlig aus dem Strafgesetz gestrichen.[2)] Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch, daß in dem Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches, das die vielen und völlig unterschiedlichen Regelungen der Einzelstaaten ablösen soll, sich ebenfalls keine Bestimmung mehr über den Ehebruch findet, weder unter den Straftaten gegen die Sittlichkeit noch unter denen gegen die Familie.[3)]

b) Ziel der internationalen Strafrechtsreform

Diese weltweite Bewegung mit dem Ziel, eine Ahndung des Ehebruches mit den Mitteln des Kriminalrechtes zu beseitigen, befindet sich im Einklang mit den Bemühungen der "Association internationale de droit pénal" (A.I.D.P.). Diese hatte bereits im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten für den 9. Internationalen Strafrechtskongreß in Den Haag (24.8. - 30.8.1964) folgende Resolution einstimmig gefaßt: "Es ist Aufgabe des Gesetzes, die Familie zu schützen. Man ist jedoch der Auffassung, daß dies am besten durch

1) rechtspolitische Grundsätze, wie sie in Verfassungen üblich sind, und
2) durch das Familienrecht erreicht werden kann.

---

1) Dr. Grünhut in "Das ausländ.Strafrecht", aaO, 3.Band, S. 228 und Thebelmann in Materialien, aaO, 2. Band, S. 171.

2) Dr. Saito in: "Das ausländ.Strafrecht",aaO,1.Band,S.329

3) Dr. Honig in: "Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher", aaO, - Nr. 86 -

Es besteht die Befürchtung, daß die negativen Wirkungen eines strafrechtlichen Verbotes des Ehebruches die positiven überwiegen.

Es ist wünschenswert, daß soziale oder religiöse Einrichtungen öffentlicher oder privater Art, denen ein besonderer persönlicher Einfluß auf menschliches Verhalten in diesem Sektor eigen ist, diesen in zunehmend stärkeren Maßen ausüben."[1)]

Bei dem Kongreß selbst prallten noch einmal die gegensätzlichen Meinungen aufeinander. Während die einen die Aufrechterhaltung der Strafvorschrift verlangten und sich auf die verderbliche soziale Wirkung bei einem Wegfall der Strafbarkeit beriefen, forderten die anderen die Abschaffung, indem sie auf die Wirkungslosigkeit strafrechtlicher Sanktionen des Ehebruches hinwiesen und das Strafgesetzbuch nicht für das geeignete Instrument hielten, um sexuelle Enthaltsamkeit zu verteidigen; ein kaum angewendetes Gesetz könne auch nicht die eheliche Treue fördern.

Bei der darauffolgenden Abstimmung zeigte sich dann doch die überwiegende Mehrheit als Gegner einer Bestrafung. Mit 130 gegen 53 Stimmen bei 14 Enthaltungen wurde eine Resolution gebilligt, nach der der Ehebruch nicht strafbar sein sollte.[2)] Sicherlich wird diese Entschließung bei allen künftigen Änderungen bzw. Neufassungen von Strafgesetzbüchern eine wesentliche Rolle spielen.[3)]

---

1) mitgeteilt von Dr. Blau, FamRZ 1964, 242

2) " " " " , FamRZ 1965, 244

3) so auch beim 1. Strafrechtsreformgesetz (vgl. Bundestagsdrucksache V/4094 zu Nr. 50)

2) Länder mit Strafdrohung

a) Bestehende Strafvorschriften

Trotz dieser Tendenz einer allmählichen weltweiten Abschaffung der Strafvorschrift über den Ehebruch findet sich eine entsprechende Bestimmung noch in vielen Ländern. Dabei muß sich diese Abhandlung auf das geltende Recht beschränken und kann nicht auf die Wirksamkeit, d.h. auf die Effektivität, dieser Vorschrift bzw. die Reformarbeiten in den einzelnen Ländern eingehen. Dabei können auch wieder einzelne Rechtskreise unterschieden werden, deren Hauptvertreter im folgenden kurz dargestellt werden sollen. Aus dem mitteleuropäischen Raum sind noch Strafbestimmungen in den Strafgesetzbüchern von Österreich, der Schweiz, Belgien und Holland anzutreffen, ebenso im osteuropäischen Raum in den Ländern Rumänien, Griechenland und der Türkei. Die umfassendste strafrechtliche Regelung über den Ehebruch haben aber die Länder des romanischen Rechtskreises getroffen, also in Europa die Strafgesetzbücher von Frankreich, Italien[1], Spanien und Portugal sowie in Lateinamerika noch fast alle Staaten, wobei besonders Argentinien, Brasilien, Chile und Mexiko erwähnt werden sollen. Als Vertreter des asiatischen Rechtskreises werden hier Indien und Korea behandelt. Damit dürften die wichtigsten Länder aufgeführt sein, die heute noch Bestimmungen über eine Bestrafung des Ehebruches enthalten.[2]

---

1) Erst nach Fertigung dieser Arbeit wurde bekannt, daß der Ehebruch in Italien ab sofort nicht mehr strafbar ist, da nach einer Entscheidung des Verfassungsgerichtes in Rom die entsprechenden Abschnitte des Strafgesetzbuches für verfassungswidrig erklärt wurden (vgl. Nachricht im "Münchner Merkur" vom 5.12.69). Dennoch ist die italienische Regelung für den romanischen Rechtskreis typisch, so daß die bisherigen Bestimmungen noch eingearbeitet geblieben sind.

2) Bei der folgenden Darstellung wurden die jeweiligen deutschen Übersetzungen der ausländischen Strafrechtsgesetzbücher verwendet, soweit sie in der "Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher", aaO, erschienen sind.

b) Unterschiedliche Behandlung der Tatbeteiligten

Während sich bei uns seit Inkrafttreten des RStGB im Jahre 1871 die feste Meinung herausgebildet hatte, daß beim Ehebruch die Tat für alle daran Beteiligten gleich zu bestrafen ist, was ja auch in der gesetzlichen Regelung ihren Ausdruck fand, wonach zwischen dem verheirateten und dem unverheirateten Täter kein Unterschied gemacht wird, sind bei einem Vergleich mit anderen Ländern die unterschiedlichsten Ausgestaltungen festzustellen. Daraus kann man aber deutlich ersehen, wie sehr das Wesen und die Strafbarkeit des Ehebruches von den jeweiligen religiösen, sittlichen, kulturellen und rechtlichen Anschauungen, die noch dazu oft von der Tradition geprägt sind, bestimmt werden.

Freilich gibt es eine Reihe von Ländern, vorwiegend im mitteleuropäischen Raum, die ebenfalls alle an der Tat Beteiligten, ob Mann oder Frau, ob verheiratet oder unverheiratet, gleich behandeln, so daß den ehebrecherischen Gatten wie den Mitschuldigen dieselbe Strafe trifft.

Sehr häufig ist, vor allem im romanischen und in dem von ihm stark beeinflußten südamerikanischen Rechtskreise, aber eine Unterscheidung dahingehend gemacht, ob der Ehebruch von der Ehefrau oder vom Ehemanne begangen wurde. Während die Ehefrau und ihr Mitschuldiger sich ohne weiteres mit Begehung der Tat strafbar machen, müssen zu einer Ahndung des Ehebruches beim Ehemann noch besondere Umstände hinzukommen. So hält man einmal den Ehemann nur für strafwürdig, wenn er im ehelichen Hause eine Konkubine unterhält,[1] woanders genügt es, wenn er sich innerhalb oder außerhalb der ehelichen Wohnung eine solche Beischläferin hält,[2] wobei teilweise noch gefordert wird, daß letzteres offenkundig, d.h. in einer allgemein bekannten Weise, sich voll-

1) so z.B. Frankreich (Art. 339 code pénal), Belgien (Art. 389)

2) z.B. Argentinien (Art. 118)

ziehen muß,[1] oder sogar, daß daraus ein öffentliches Ärgernis entsteht.[2] Liegt allerdings eine solche qualifizierte Situation vor, so hat sich damit in der Regel auch die Mitschuldige des Ehemannes strafbar gemacht; nur ausnahmsweise[3] bleibt die Konkubine außerhalb des Täterkreises beim Ehebruch.

Eine Sonderstellung nimmt das indische Recht ein,[4] das allein den unverheirateten Mann, der mit einer Ehefrau Geschlechtsverkehr hat, wegen Ehebruchs bestraft.

3) Systematische Einordnung

a) Stellung im Gesetz

Bei der gesetzlichen Eingruppierung des Ehebruchsdeliktes herrscht auch im Ausland Uneinigkeit, wobei jedoch immer die Entstehungszeit des jeweiligen Strafgesetzbuches in Betracht gezogen werden muß. Dabei kann man nämlich die Feststellung machen, daß in den älteren Strafgesetzen[5] der Ehebruch noch unter die Sittlichkeitsdelikte eingereiht wird, teilweise allerdings unter heftiger Kritik der Literatur,[6] die sich darauf beruft, daß eine Beurteilung des Ehebruches allein aus geschlechtlicher Sicht einseitig und daher verfehlt sei.

Häufiger wird dieses Delikt auch zu den Verbrechen und Vergehen gegen die Familienordnung und gegen die öffent-

---

1) z.B. Spanien (Art. 452), Türkei (Art. 441), Italien (Art. 560)

2) z.B. Chile (Art. 381)

3) so Frankreich und Belgien, aaO,

4) Sec. 497

5) z.B. Spanien, Portugal, Argentinien

6) vgl. für Argentinien: Mattes in der "Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher", aaO, Nr. 71, S. 26

liche Sicherheit gerechnet,[1] woraus sich natürlich besonders die Verwerflichkeit der Tat im Hinblick auf den Verstoß gegen die Gesellschaftsordnung und damit letztlich gegen den Staat selbst ableiten läßt.

Andere Strafgesetze treffen eine speziellere Einteilung, indem sie den Ehebruch zu den Verbrechen und Vergehen gegen die Ehe und Familie zählen[2] oder unter den Oberbegriff der Familiendelikte einreihen.[3] Hier erfolgt gelegentlich noch eine Aufteilung dahin, daß in einer Untergruppe ein gesonderter Abschnitt den Verbrechen und Vergehen gegen die Ehe gewidmet ist[4] oder daß der Ehebruch zusammen mit anderen Vergehen als eigenständiges Delikt betrachtet wird.[5]

Insgesamt gesehen liegt aber der Schwerpunkt doch auf einem Verstoß gegen Ehe und Familie, der dem Charakter dieses Delikts auch am ehesten gerecht werden dürfte.

b) Folgerungen für das Schutzobjekt

Noch schwieriger ist es aber, aus dieser Systematik Folgerungen für das geschützte Rechtsgut zu ziehen. Denn selbst bei einer Einreihung unter die Verbrechen und Vergehen in Bezug auf die Ehe bleibt noch offen, ob hier die Ehe als Institution oder als persönliches Treueverhältnis gemeint ist. Kompliziert wird die ganze Frage weiter dadurch, daß die meisten Strafgesetze in Anbetracht der schwierigen Möglichkeit einer Ahndung des Ehebruches gewisse Vorschriften zum Schutze der Familie bzw. des intimen Bereiches eines Ehegatten aufstellen wie etwa die Prozeßvoraussetzungen

---

1) so Belgien, Chile, Türkei
2) so Griechenland, Österreich
3) Schweiz, Brasilien, Italien, Rumänien
4) z.B. Brasilien, Italien
5) so etwa Rumänien

eines Strafantrages oder einer vorausgegangenen Ehescheidung, die für sich allein noch keine Antwort auf das Rechtsgut erlauben, da sie sowohl im Hinblick auf eine Verletzung des ehelichen Treuerechtes wie auch als Rücksichtnahme des Staates trotz Verstoßes gegen ein Allgemeingut aufgestellt sein können. Deshalb ist auch in den anderen Ländern die Frage nach dem Schutzobjekt der Strafbestimmung ähnlich umstritten wie im deutschen Recht.[1] Daß dort, wo - wie vielfach im romanischen Rechtskreis - die Frau eher bestraft wird als der Mann, stärker der Schutz der Ehe als Institution und weniger der einer persönlichen Treueverletzung im Vordergrund steht, was freilich auch hier nicht unbestritten ist, ergibt sich bereits aus der Natur der Sache, weil die unterschiedliche Behandlung allein aus der größeren Gefahr der perturbatio sanguinis bei der Frau gerechtfertigt werden kann, nicht etwa aus einem größeren Treueanspruch des Mannes. Auf eine Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Schrifttum der einzelnen Länder muß aber in diesem Rahmen der Arbeit verzichtet werden, zumal im wesentlichen überall die gleichen Argumente für die einzelnen möglichen geschützten Rechtsgüter vorgebracht werden wie sie bei der Darstellung des bisher geltenden deutschen Rechtes schon erwähnt wurden.[2]

---

1) Toebelmann, Rechtsvergleichende Arbeiten, in: Materialien, Band 2, aaO, S. 171

2) vgl. etwa nur für die Schweiz:
Pfenninger spricht sich für eine Verletzung der Eheinstitution aus (in "Das ausländ. Strafrecht, 2. Band, aaO, S. 315)
Lebedkin nimmt die eheliche Treue als Rechtsschutzobjekt an (aaO, S. 11), ebenso Schwander, aaO, S. 429/430

II) Einzelheiten der ausländischen Regelungen

1) Fassungen des Tatbestandes

a) Kennzeichnung des Ehebruches

Die meisten ausländischen Strafgesetzbücher enthalten wie das deutsche Recht keine eigene Begriffsbestimmung des Ehebruches, sondern setzen diesen Begriff als feststehend voraus, wobei hierunter allgemein auch in den anderen Ländern nur der außereheliche Beischlaf verstanden wird.

Gelegentlich wird aber dieses Merkmal bereits im Tatbestand aufgeführt und das Delikt so definiert, daß "Ehebruch die verheiratete Frau begeht, welche mit einem Mann zusammenschläft, welcher nicht ihr Mann ist, und derjenige, welcher mit ihr zusammenschläft."[1)]

Besonderheiten enthalten hinsichtlich des strafbaren außerehelichen Verhaltens einmal das rumänische Recht,[2)] nach dem sich des Ehebruches jeder Ehegatte schuldig macht, der außerhalb der Ehe geschlechtliche Beziehungen unterhält, und vor allem das österreichische Recht, das neben dem eigentlichen "klassischen" Ehebruch (gesetzlich geregelt in § 502 ÖStGB) noch einen eigenen Tatbestand der "Verletzung der ehelichen Treue" enthält.[3)] Mit dieser zuletzt genannten Ausweitung der Strafbarkeit auf Verhaltensweisen, durch die die geschlechtliche Treuepflicht in anderer Weise als durch den Ehebruch verletzt wird, durch Handlungen also, die den Ausschließlichkeitsanspruch des einen Ehegatten in bezug auf die Person des anderen nach allge-

---

1) so Chile (Art. 375) und Spanien (Art. 449)
2) Art. 445
3) § 525

meiner Auffassung widersprechen,[1] wird die Konsequenz aus der an sich richtigen Meinung gezogen, daß die Ehe auch durch andere Verstöße eines Ehegatten verletzt werden kann. Die völlig unbestimmte Fassung des Tatbestandes, die nach unserem Recht wohl nur schwer mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar wäre, zeigt aber, wie schwer es ist, diese Meinung vernünftig in eine gesetzliche Regelung umzuwandeln.

Soweit eine unterschiedliche Behandlung in der strafrechtlichen Beurteilung des Ehebruches gehandhabt wird, bedürfen die auf Seiten des Ehemannes noch notwendigen qualifizierenden Umstände einer Erläuterung. Wenn hierbei das Unterhalten einer Konkubine verlangt wird, so setzt dies einmal ehebrecherische Beziehungen mit einem gewissen Häufigkeits- und Gewohnheitscharakter voraus, ohne daß es sich um ein ausschließliches Unterhalten zu einem regelmäßigen Geschlechtsverkehr handeln muß. Beschränkt sich die Strafbarkeit allein auf den Fall, daß die Geliebte im ehelichen Hause untergebracht ist,[2] so ist hierunter ein längerer Aufenthalt in der Wohnung mit Wissen der Ehefrau zu verstehen, wobei der Begriff des "ehelichen Hauses" weit zu fassen ist und all die Örtlichkeiten umfaßt, wo der Mann wohnt oder wohnen wird, weil hier überall seine Frau das Recht zur Aufnahme hat, ohne mit der Konkubine zusammentreffen zu müssen. Dabei ist es ohne Belang, wenn die rechtmäßige Ehefrau zur Tatzeit selbst in der Wohnung nicht anwesend ist. Daran ist zu erkennen, daß dort, wo der Ehebruch des Mannes nur als Qualifikation strafbar ist, entscheidend eine gewisse Dauer und Stetigkeit seiner außerehelichen Beziehungen, also eine Art "quasiehelicher Gemeinschaft" verlangt wird, während ein einmaliger "Seitensprung" nicht als strafwürdig anerkannt wird.

---

1) so Nowakowski in "Das ausländ.Strafrecht", 3. Band, aaO, S. 486 und Rittler, aaO, S. 333

2) z.B. in Frankreich (Art. 339); vgl. hierzu Lebedkin, aaO, S. 62/63

b) Uneinigkeit über die Form der verletzbaren Ehe

Ähnlich unklar und umstritten wie die Frage nach dem Schutzobjekt sind auch die Ansichten über die Anforderungen, die an die Gültigkeit der gebrochenen Ehe gestellt werden. Eine umfassende Antwort hierauf wäre ebenfalls nur bei einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Schrifttum und der Rechtsprechung des jeweiligen Landes möglich. Deshalb kann auch hier nur der Versuch unternommen werden, die allgemeine Linie aufzuzeigen.

Einigkeit herrscht darüber, daß von einem Ehebruch nur gesprochen werden kann, wenn es sich um die Verletzung einer bestehenden Ehe durch außerehelichen Verkehr handelt. Die meisten Strafgesetze schweigen sich aber darüber aus, in welcher Form diese Ehe noch bestehen muß; nur wenige enthalten eine nähere Bestimmung hierüber. So verlangt das portugiesische Strafgesetz nur ganz allgemein, daß sich der Ehebruch "während des Zusammenlebens der Ehegatten" ereignen muß,[1] während woanders[2] klarstellend darauf hingewiesen wird, daß ein Ehebruch auch dann vorliegt, "wenn die Ehe nachher für nichtig erklärt werden sollte."

Im übrigen aber werden die verschiedenen Auffassungen ebenfalls vom Gegensatz gekennzeichnet, daß ein Teil eine materiell gültige Ehe verlangt,[3] während der andere das Vorliegen einer formell gültigen Ehe genügen läßt, wobei auch dort noch häufig bestritten ist, ob jede nichtige Ehe ausreicht oder ob nochmals zwischen der absolut und der relativ nichtigen Ehe unterschieden werden muß.[4]

---

1) so in der Fassung, die durch Art. 61 des Scheidungsgesetzes vom 3.11.1910 die Art. 401 bis 404 des "Codigo penal" änderte

2) so in Chile (Art.375) und Spanien (Art.449)

3) so Rittler, aaO, S. 333: "bürgerlich gültig verheiratet" sowie Lebedkin, aaO, S. 5 für das schweizerische Recht

4) vgl. hierzu die Auseinandersetzungen im französischen Recht (Darstellung bei Lebedkin, aaO, S. 59/60)

Daß eine materiell gültige Ehe auf jeden Fall vom Ehebruch erfaßt wird, ist unbestritten; ansonsten hängt aber jede Stellungnahme sehr eng mit den jeweils geltenden Zivilrechtsordnungen zusammen. Daher kann als Regel für die Antwort auf die Frage nach der Gültigkeit der Ehe aufgestellt werden, daß dies entscheidend von der Behandlung der zwar formell gültigen, jedoch materiell ungültigen Ehe im Zivilrecht abhängt. Bedarf es nämlich für eine solche Ehe keiner eigenen Nichtigkeitserklärung, weil sie ohne weiteres als nichtig betrachtet wird, hat also ein gerichtliches Urteil hierüber nur deklaratorischen Charakter, so wird man notwendig den Ehebruch nur in einer materiell gültigen Ehe anerkennen.[1] Zu einer anderen Auffassung neigt man verständlicherweise dort, wo erst das Nichtigkeitsurteil konstitutive Wirkung hat und deshalb die Ehe bis dahin als bestehend und lediglich vernichtbar behandelt wird, weil hier die Ehe bis zum Auflösungsurteil als wirksam angesehen wird, so daß insoweit auch eine Verletzung dieser Ehe denkbar erscheint.[2]

Unterschiede ergeben sich auch noch dort, wo die Zivilgesetze eine rechtskräftige Ehetrennung vorsehen, ohne daß dadurch das Band der Ehe gelöst wird. Im allgemeinen hält man auch hier einen Ehebruch für möglich,[3] wobei man aber teilweise keine Strafklage zuläßt[4] oder diesen Fall für straffrei erklärt[5] oder ihn als strafmildernd behandelt.[6]

---

1) so der Kassationshof für das französische Recht (mitgeteilt von Lebedkin, aaO, S. 60)

2) so Toebelmann, Materialien, 2. Band, aaO, S. 171 unter Anführung von Schweiz, Italien und den Niederlanden als Beispiele

3) so Schweiz (Art. 214), Niederlande (Art. 241)

4) z.B. Brasilien (Art. 240 § 3 I)

5) z.B. Italien für den schuldlos getrennten Ehegatten (Art. 561 II)

6) z.B. Italien für den an der Trennung mitschuldigen Ehegatten (Art. 561 III) und die Türkei (Art. 442).

2) Verfolgungsvoraussetzungen

a) Vorhergehende Ehescheidung

Ein Scheidungserfordernis im Sinne unseres deutschen Rechtes, wonach eine Strafverfolgung erst nach rechtskräftiger Scheidung der verletzten Ehe möglich ist, mit dem Zusatz, daß die Scheidung gerade wegen dieses Ehebruches erfolgen muß, kennt in dieser Form nur die Schweiz[1] und Argentinien.[2] Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch das Niederländische StGB,[3] das zwar eine Verfolgung allein auf Antrag zuläßt, jedoch weiter fordert, daß diesem Antrag innerhalb von 3 Monaten die Ehescheidungs- bzw. Trennungsklage wegen derselben Tat folgen muß, weil vor rechtskräftiger Ehescheidung bzw. Trennung dem Antrag nicht stattgegeben wird.

Eine interessante und einmalige Regelung enthält das portugiesische Strafgesetz.[4] Dort wird nämlich dem verletzten Ehegatten ein Wahlrecht dergestalt eingeräumt, daß er sich zwischen der Strafklage für den Ehebruch und der auf den Ehebruch gestützten Zivilklage auf Scheidung oder Trennung entscheiden muß. Dabei wird ausdrücklich bestimmt, daß er in keinem Fall beide Klagen erheben noch sich der in den vorbereitenden Untersuchungen gewonnenen Ergebnisse bedienen darf, was zur Folge hat, daß bei der Wahl der Strafklage das Strafgericht auch zivilrechtliche Bestimmungen (z.B. Scheidung oder Trennung) aussprechen kann.[5]

---

1) Art. 214

2) Art. 74: "...aber die Strafklage nicht anstrengen kann, solange nicht die Ehe wegen des Ehebruches geschieden ist."

3) Art. 241

4) § 4 des Art. 61 des Scheidungsgesetzes

5) §§ 5, 6 des Art. 61 des Scheidungsgesetzes

b) Notwendigkeit eines Strafantrages bzw. einer Strafklage

Mit Ausnahme des in jeder Hinsicht eigenständigen indischen Strafgesetzes fordern sämtliche ausländischen Strafgesetze, die den Ehebruch noch für strafwürdig halten, für die Verfolgung ein entsprechend zum Ausdruck gekommenes Verlangen des verletzten Ehegatten. Daraus kann man entnehmen, daß nach allgemeiner Überzeugung ein Einschreiten von Amts wegen überall abgelehnt wird. Daß sich rein formal bei dieser Voraussetzung ein Unterschied dahin findet, daß der eine Teil hierfür das Erfordernis des Strafantrages, der andere dagegen eine Straf- oder Privatklage aufstellt, ändert an der Sachlage nichts.

Umso größere Abweichungen sind dafür bei der einzelnen Ausgestaltung dieser allgemein als Prozeßvoraussetzung anerkannten Bestimmung festzustellen. So wird einmal der Antrag bzw. die Strafklage nur gegen beide am Ehebruch Schuldigen zugelassen,[1] wobei teilweise eine Ausnahme im Falle des Todes eines Beteiligten vor oder nach Beginn des Prozesses gemacht wird,[2] woanders wird noch stärker differenziert und der Antrag zwar allein gegen den untreuen Ehegatten zugelassen, nicht aber allein gegen den Mitschuldigen,[3] während andere wieder von einem teilbaren Antragsrecht ausgehen und die Ausübung der Anklage wahlweise gegen beide Ehebrecher oder auch nur gegen einen von ihnen ermöglichen.[4]

Die Regeln über eine Übertragbarkeit und eine Möglichkeit der Zurücknahme des Antrages oder der Klage richten sich

---

1) z.B. Spanien (Art.450 II), Schweiz (vgl. Schwander, aaO S. 430) Türkei (vgl. Önder in "Das ausländ.Strafrecht", 4. Band, aaO, S. 566)

2) z.B. Chile (Art. 376 II)

3) so die Lage in Frankreich (vgl.Lebedkin, aaO, S. 69)

4) z.B. Österreich (vgl.Nowakowski in "Das ausländ.Strafrecht", 3. Band, aaO, S. 486)

meist nach den allgemeinen Vorschriften. Ausdrücklich schließen die Niederlande[1] die Übertragbarkeit aus und lassen bis zum Beginn der Hauptverhandlung auch eine Rücknahme zu, während die Schweiz (Art. 31 I) dieses Recht bis zur Verkündung des erstinstanzlichen Urteils gibt; andere dagegen[2] erkennen die Möglichkeit einer Zurücknahme sogar ohne eine zeitliche Beschränkung an, wobei sich die Wirkung auf die beiden Mitschuldigen erstreckt.

Gelegentlich enthalten die Strafgesetze abweichend von den Bestimmungen des allgemeinen Teils Sondervorschriften über die Antrags- bzw. Klagefrist. So muß einmal die Strafklage innerhalb eines Monats nach Kenntnis der Tat erhoben werden,[3] andere lassen sie noch nach 6 Monaten[4] oder gar nach 1 Jahr ab Kenntnis zu,[5] hier aber mit dem Zusatz, daß im Falle des Todes eines der Schuldigen der Prozeß in den auf den Tod folgenden 4 Monaten begonnen werden soll, vorausgesetzt, daß dann noch die Jahresfrist eingehalten werden kann. Soweit noch zur Verfolgung ein Scheidungs- oder Trennungsurteil nötig ist, muß der Antrag binnen 3 Monate nach der Rechtskraft des Urteils gestellt werden.[6]

Sehr häufig findet sich ein Ausschluß des Antrags- bzw. des Klagerechtes bei Vorliegen gewisser Umstände. So nehmen viele Länder die Tatsache, daß der verletzte Gatte in den Ehebruch eingewilligt oder ihn nachträglich verziehen hat bzw. daß er einem Mitschuldigen verziehen oder sich mit seinem Gatten versöhnt hat, zum Anlaß, um einen Antrag oder eine Klage überhaupt nicht mehr zuzulas-

---

1) Art. 241 III/IV
2) z.B. Portugal (Art. 402 § 1), Türkei (Art. 444)
3) z.B. Brasilien (Art. 240 § 2)
4) z.B. Portugal (Art. 61 § 3 des Scheidungsgesetzes)
5) z.B. Chile (Art. 377)
6) z.B. Schweiz (vgl. Lebedkin, aaO, S. 37)

sen[1]. Darüber hinaus gehen aber weitere Sonderregelungen, wonach einmal eine Strafklage nicht erhoben werden kann von dem auf Grund gerichtlicher Entscheidung oder tatsächlich getrennt lebenden Ehegatten[2], ein andermal nicht im Falle eines dauernden Zerwürfnisses oder während des Unterhaltens eines Konkubinats durch den Ehemann wegen in dieser Zeit vorgefallenen Sachen.[3] Schließlich wird dem Ehemann, der die Tat veranlaßt oder seinen Gatten hierzu ermutigt hat sowie der, der sich selbst dieses Verbrechens oder des Verbrechens der Verleitung zur Unzucht an seiner Frau schuldig gemacht hat und überführt wurde, das Recht genommen, wegen eines Ehebruches seiner Frau Strafklage erheben zu können.[4] Insgesamt gesehen treffen wir also eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten beim Antrag an.

3) Weitere Sonderregelungen in den ausländischen Strafgesetzen

a) Erschwerende Umstände bzw. Milderungsgründe

Abgesehen von dem häufigen Fall, daß der Ehebruch des Ehemannes nur bei Halten einer Konkubine strafbar ist, was jedoch keine Qualifizierung im eigentlichen Sinne darstellt, weil diese Tatsache überhaupt erst strafbegründend ist, kennt nur das italienische Recht eine echte Erschwerung:[5] dort wird nämlich die Ehefrau, die sich bereits bei einmaliger Begehung eines Ehebruches strafbar macht, dann schwerer bestraft, wenn sie selbst ein ehebrecherisches Verhältnis, d.h. also Beziehungen von längerer Dauer mit einem Mann, der nicht ihr Ehemann ist, unterhält.

---

1) z.B. Argentinien (Art.74 II), Korea (Art.241 § 2), Spanien (Art. 450 II), Portugal (Art. 402)

2) z.B. Brasilien (Art.240 § 3 I), Rumänien (Art.445)

3) z.B. Chile (Art.378) und (Art. 381)

4) z.B. für den ersten Fall: Rumänien (Art. 445)
für letzteres: Portugal (Art. 404 § 2)

5) Art. 559 III

Andererseits enthalten manche ausländischen Strafgesetze auch Regelungen, in denen bei Vorliegen gewisser Umstände das Gericht die Ehebruchsstrafe mildern kann. So wird die angedrohte Strafe einmal dann herabgesetzt, wenn der Ehebruch "zu einer Zeit begangen wird, zu der die Ehegatten durch richterliches Urteil bei Fortdauer der Ehe voneinander getrennt leben oder zu der ein Ehegatte den anderen verlassen hatte"[1], zum anderen tritt eine geringere Strafe dort ein, wo "die Tat von dem gesetzmäßig durch seine Schuld oder sein und des anderen Ehegatten Schuld getrennten Ehegatten oder im gegenseitigen Einverständnis begangen ist."[2]

b) Absehen von einer Bestrafung

Ähnliche Gründe nehmen andere Länder nicht nur zum Anlaß für eine Strafmilderung, sondern räumen hier sogar die Möglichkeit ein, von einer Strafe völlig abzusehen. Dies gilt einmal für den Fall, daß die eheliche Gemeinschaft nicht mehr bestanden hat[3] oder daß zur Tatzeit die häusliche Gemeinschaft aufgehoben war[4] und die besonderen Umstände die Straflosigkeit verlangen; ferner kann der Richter auch dann von einer Bestrafung Abstand nehmen, wenn sich der verletzte und nunmehr antragstellende bzw. klagende Ehegatte bestimmter Handlungen selbst schuldig macht, etwa eines eigenen Ehebruches oder eines Verbrechens bzw. eines unehrenhaften Lebenswandels; das gleiche gilt, falls er dem anderen Gatten zu töten versuchte oder ihn mißhandelte oder schwer beleidigte oder ihn völlig verlassen hatte.[5]

---

1) z.B. Türkei (Art. 442)
2) z.B. Italien (Art. 561 III)
3) z.B. Brasilien (Art. 240 § 4 I)
4) z.B. Schweiz (Art. 214 II) und Griechenland (Art. 357,2)
5) z.B. Brasilien (Art. 240 § 4 II) und Schweiz (Art.214 II)

Bei Vorliegen anderer Umstände oder bei Eintritt gewisser Ereignisse sprechen manche Strafgesetze sogar die Pflicht des Gerichts aus, den Ehebruch notwendig als straflos zu behandeln. Hauptanwendungsfall hierfür ist der Eintritt des Todes des verletzten Gatten, der jede weitere Strafverfolgung unzulässig macht.[1] Im rumänischen und italienischen Recht muß eine solche Einstellung des Verfahrens nicht nur beim Tode dieses Gatten erfolgen, sondern auch, falls die Ehe des schuldigen Gatten für ungültig erklärt wird.[2] Griechenland nimmt dagegen das Dulden des Ehebruches durch den verletzten Gatten als Grund für die Straflosigkeit der Tat an.[3] Zwei Sonderfälle von Straffreiheit kennt das italienische Recht: so bleibt die Ehefrau wegen ihres Ehebruches straflos, wenn der Mann sie zur gewerbsmäßigen Unzucht verleitet oder angereizt oder irgendwie Vorteil aus ihrer gewerbsmäßigen Unzucht gezogen hat;[4] dasgleiche gilt auch für den des Ehebruches schuldigen Ehegatten, der durch die Schuld des anderen Ehegatten gesetzmäßig getrennt oder von diesem unberechtigt verlassen ist.[5]

Allein diese Vielzahl und Mannigfaltigkeit der einzelnen Bestimmungen, die im Ergebnis alle zu einer Nichtbestrafung führen, ob nun der Antrag bzw. die Klage ausgeschlossen oder das Verfahren eingestellt oder die Tat für straflos erklärt wird, zeigen, wie unendlich schwierig es für den Strafgesetzgeber ist, eine gerechte Ahndung der Tat durchzuführen.

c) Nachträgliche Beseitigung einer bereits rechtskräftig erkannten Strafe

Diese Einsicht, den Ehebruch in seinem innersten Wesen str rechtlich nicht erreichen zu können, mag auch der Grund

1) Z.B.Argentinien(Art.74III);Schweiz(Art.214V);Türkei
2) vgl.Rumänien(Art.445 - Italien (Art.563 I 1,2)(Art.444)
3) vgl. Art. 357,3
4) vgl. Art. 561 I
5) vgl. Art. 561 II

für manche Strafgesetzgeber gewesen sein, speziell bei dieser Tat Situationen anzuerkennen, in denen man von einer Strafvollstreckung absehen sollte. Kennzeichnend hierfür ist, daß diese Bestimmungen sich darin gleichen, daß sie alle von einer Rücksichtsnahme auf den verletzten Ehegatten getragen werden.

In einer starken Betonung des "Treuerechts" - Verletzungsgedanken und wohl schwerlich mit einer Anerkennung einer staatlichen Institutionsverletzung in Einklang zu bringen ist die Vorschrift, daß der Tod des verletzten Gatten die Strafvollstreckung beendet.[1] Aber auch bei Lebzeiten des unschuldigen Ehegatten gibt man diesem oft ein weitgehendes Eingriffsrecht in die Durchführung des staatlichen Strafprozesses, das sich auch noch auf die Vollstreckung bezieht. Dabei geht man teilweise sogar soweit, daß es völlig in das Belieben des verletzten Gatten gestellt wird, auch nach erfolgtem rechtskräftigen Urteilsspruch die Tilgung der Strafe zu verlangen, ohne daß hierfür ein besonderer Grund vorliegen muß;[2] so wird ausdrücklich angeordnet, daß sich diese Tilgung auch auf den Mitschuldigen erstreckt und ihn vor Strafe schützt.[3]

Zum Teil läßt man diese Wirkung jedoch nur eintreten, wenn der verletzte Gatte durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, daß er den Ehebruch verziehen hat, indem er etwa die Freilassung beantragt[4] oder den anderen Partner wieder bei sich aufnimmt[5] oder zur Vereinigung mit ihm zurückkehrt und mit ihm wieder weiterleben will,[6]

---

1) z.B. Argentinien (Art. 74 III) und Schweiz (Art. 214V) sowie Italien (Art. 563 II)

2) z.B. Portugal (Art. 402 § 1); Rumänien (Art.445); Spanien (Art. 451 I); Türkei (Art. 444)

3) z.B. Portugal (Art. 402 § 1); Rumänien (Art. 445); Spanien (Art. 451 II).

4) so z.B. Belgien (Art. 389 II) für die verletzte Ehefrau

5) so z.B. Belgien (Art. 387 II) für den verletzten Ehegatten

6) z.B. Chile (Art. 379) und Österreich (§ 503)

wobei das Chilenische StGB im Gesetz eigens auf die Erstreckung der Aufhebungs- oder der Erlaßwirkung auf den Mitschuldigen hinweist.[1)]

d) Beweisregeln

Vielleicht mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten der Nachweismöglichkeit eines Ehebruches sahen sich einige Strafgesetze veranlaßt, abweichend vom allgemeinen Prozeßrecht und seinen Regeln, gesonderte Vorschriften über die für den Ehebruch zugelassenen Beweismittel aufzustellen.

In der Sache decken sich dabei diese Bestimmungen, da übereinstimmend als einzige Beweismittel zum Nachweis des Ehebruches nur das Ertappen auf frischer Tat und solche Beweise anerkannt werden, die sich aus Briefen oder anderen vom Verfolgten herrührenden Schriftstücken ergeben. Bei der Anwendung dieses Beweisgrundsatzes wird dann jedoch danach unterschieden, daß er einmal ganz allgemein für jeden des Ehebruchs Angeklagten gilt,[2)] während andere ihn nur gegenüber dem Mitschuldigen zulassen.[3)]

Auf die Frage der Abhängigkeit des Strafprozesses von einem vorher wegen des anhängigen Ehebruches durchgeführten Scheidungsrechtsstreit geht ausdrücklich das chilenische Strafgesetz ein[4)] und differenziert dabei nach dem Ausgang dieses Prozesses. Demgemäß hat ein freisprechendes Vollzugsurteil in einer Scheidungssache wegen Ehebruches nach der kriminellen Seite hin volle Wirkung, während ein verurteilendes für die Auferlegung von Strafen ein neues Verfahren notwendig macht.

---

1) vgl. Art. 379
2) so Rumänien (Art. 445)
3) so Belgien (Art. 338 II) und Frankreich (Art. 338,2 c.p
4) vgl. Art. 380

e) Zivilrechtliche Folgen

Interessant ist, daß einige Länder im Rahmen der strafrechtlichen Bestimmung über den Ehebruch Regelungen enthalten, die zivilrechtlicher Natur sind; hieran zeigt sich, wie letztlich eben doch der gesamte Tatkomplex des Ehebruches eine Einheit bildet, der durch die Aufspaltung in zwei mögliche Verfahren nur noch in der Behandlung komplizierter wird, mögen auch die folgenden Vorschriften von Besonderheiten des dortigen Rechtes geprägt sein, zumal Italien keine allgemeine Scheidungsklage kennt und Portugal nur die Wahl zwischen Zivil- und Strafverfahren beim Ehebruch einräumt.

Als eine Art Nebenstrafe könnte man noch die Schadensersatzpflicht des am Ehebruch Mitschuldigen bezeichnen;[1] da aber die Höhe bzw. der mögliche Spielraum nicht näher bestimmt ist, vielmehr der Schaden im einzelnen in gehöriger Form festgestellt werden muß, handelt es sich wohl mehr um einen rein zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch des verletzten Ehegatten. Eine andere Nebenfolge kennt das italienische Recht für den die Ehe brechenden Ehemann, der im Falle einer Verurteilung wegen der für ihn strafbaren wilden Ehe die ehemännliche Gewalt über seine Frau verliert.[2]

Schließlich wird auch dem durch den Strafprozeß bestehenden Interimszustand Rechnung getragen, indem der Strafrichter die Befugnis erhält, in seinem Strafurteil wegen Ehebruches oder wilder Ehe auf Antrag des Verletzten solche zivilrechtlichen Anordnungen zu treffen, die er im Interesse des verletzten Ehegatten und der Nachkommenschaft für dringend erachtet, wobei diese Anordnungen sogleich vollstreckbar sind, allerdings nach Ablauf von 3 Monaten ab Rechtskraft des Strafurteils wirkungslos wer-

1) so Portugal (Art. 401 § 1)
2) so Art. 562 I i.V.m. Art. 560

den, falls bis dorthin beim Zivilrichter nicht die Klage auf persönliche Trennung eingereicht ist.[1)]

Im Hinblick auf das Wahlrecht zwischen den beiden Verfahrensarten müssen die Vorschriften des portugiesischen Rechts gesehen werden, die im Falle des Freispruches des wegen Ehebruches angeklagten Gatten diesem das Recht einräumen, im Wege der Zwangsvollstreckung die Gütertrennung und die Herausgabe der Güter zu verlangen, die ihm gehören;[2)] in diesem Fall spricht dann das freisprechende Urteil mit rechtskräftiger Wirkung je nach dem Antrage des Angeklagten die Scheidung oder das Recht zum Getrenntleben aus, wobei im Falle des Schweigens die Trennung als beantragt gilt.[3)]

4) Der Strafrahmen

Die Unsicherheit darüber, wie man den Ehebruch strafrechtlich richtig ahnden soll, ist auch in den in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlichen Strafbestimmungen für die Beteiligten zu erkennen, wo das Strafmaß von einer geringen Buße bis zur Zuchthausstrafe reicht.

Soweit die Gesetze alle am Ehebruch Beteiligten, den Ehegatten wie seinen Mitschuldigen gleich behandeln, reichen die Strafen von 1 - 6 Monaten Arrest[4)] über 2 Wochen bzw. 1 Monat - 6 Monate Gefängnis[5)] oder gar zu 1 Jahr Gefängnis[6)] - teils wahlweise mit der Möglichkeit der Verhängung einer Buße[7)] - bis zum Höchstmaß der Gefängnisstra-

---

1) so Italien (Art. 562 II u. III)

2) vgl. Art. 61 § 5 des Scheidungsgesetzes

3) Art. 61 § 6 des Scheidungsgesetzes

4) Österreich (§ 502)

5) Brasilien (Art. 240), Niederlande (Art. 241), Rumänien (Art. 445)

6) Argentinien (Art. 118), Griechenland (Art. 357,1)

7) so die Schweiz (Art. 214)

fe[1] oder bis zu 2 Jahren Zuchthaus.[2]

Trotz unterschiedlicher Voraussetzungen für den Ehebruch der Frau und des Mannes bestrafen allein Spanien und die Türkei dennoch alle Beteiligten gleich: Spanien beide mit einfachem Gefängnis, läßt allerdings bei der Konkubine wahlweise auch Ortsverweisung zu, während die Türkei für alle Beteiligten Gefängnis von 6 Monaten bis 3 Jahren androht,[3] im Milderungsfalle von 3 Monaten bis zu 1 Jahre. Ähnlich ist auch die Regelung in Chile, wo die Eheleute beide mit Gefängnis II bestraft werden, der Mann jedoch in dessen Mindestmaß, während hier für die Konkubine allein die Strafe der Ortsverweisung möglich ist.[4]

Umgekehrt ist es in Italien: dort trifft im Regelfall die untreue Ehefrau eine Gefängnisstrafe bis zu 1 Jahr (bei einem ehebrecherischen Verhältnis bis zu 2 Jahren), ebenso auch den Mitschuldigen;[5] wird aber der Ehemann bzw. seine Mitschuldige wegen wilder Ehe verurteilt, kann gegen sie beide Gefängnis bis zu 2 Jahren ausgesprochen werden.[6]

Während Belgien die ehebrecherische Gattin und ihren Mitschuldigen mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 2 Jahren verurteilt, den Ehemann dagegen mit Gefängnis von 1 Monat bis 1 Jahr (seine Mitschuldige ist nach belgischem Recht nicht Täterin, so daß höchstens eine Bestrafung aus Teilnahme erfolgen kann),[7] kennt das französische Recht die größten Unterschiede: dort kann die Ehefrau wie auch ihr

---

1) Portugal (Art. 61 § 1 des Scheidungsgesetzes)

2) Korea (Art. 241 § 1)

3) Art. 449, 452 (Spanien) bzw. Art. 440, 441 und Art. 442 (Türkei)

4) Art. 375, 381

5) Art. 559

6) Art. 560

7) Art. 387 bzw. 389

Mitschuldiger mit Gefängnis zwischen 3 Monaten und 2 Jahren, u.U. sogar noch mehr bestraft werden, während den Ehemann nur eine Geldbuße trifft und seine Konkubine lediglich als Teilnehmerin verurteilt werden kann.[1)]

Abschließend ist nach dieser kurzen Darstellung des ausländischen Strafrechts im Hinblick auf den Ehebruch festzustellen, daß sich keine einheitliche Linie für dieses Delikt gebildet hat, vielmehr sind hierbei oft so viele "wenn" und "aber" eingebaut, daß man auch ohne Kenntnis der näheren statistischen Unterlagen dem Ehebruchsparagraphen auch im Ausland nur geringe Effektivität bescheinigen kann.

Art. 337, 338, 339 c.p., vgl. auch Lebedkin, aaO, S. 81-83

5. Teil: Die Problematik einer Bestrafung des Ehebruches

I) Klarstellung des bezweckten Schutzes

1) Charakterisierung des Ehebruches

Es ist sehr schwierig, losgelöst von jeden rechtlichen Überlegungen, den Ehebruch ganz allgemein im Rahmen der Moral und der Sitte zu werten. Denn die Verurteilung eines bestimmten menschlichen Verhaltens verlangt ein Eingehen auf die Wertvorstellungen unserer gegenwärtigen offenen, pluralistischen Gesellschaft, wobei aber nicht bestritten werden kann, daß derartige einheitliche Vorstellungen - gerade auf sexuellem Gebiet - kaum mehr in einem größeren Maße noch bestehen. Man wird Saller[1] zustimmen müssen, wenn er die Moral heute als das betrachtet, "was jeder einzelne mit sich selbst ausmacht"; das bedeutet zwar nicht den Untergang der Moral, zeigt aber, daß die Moral heute in ihrem Schwergewicht nicht mehr von der Allgemeinheit, sondern von jedem Einzelnen in eigener und freier Entscheidung getragen wird, was Saller als eine Folge des "individualistischen Zeitalters" ansieht. Diese Wandlung der allgemeinen Moral hat natürlich auch vor der Ehe nicht haltgemacht, die in ihrem Leitbild heute durch die verschiedensten Einflüsse stark erschüttert ist. Eine Ursache hierfür liegt sicherlich in den vergangenen Kriegen, die insbesondere in den Nachkriegsjahren gerade im Ehe- und Familienleben durch langjährige Trennung, durch Entfremdung, durch Fehltritte und allgemein durch die Notlage oft sehr tiefe Spuren hinterlassen haben. Dazu kommt, daß mit dem darauffolgenden wirtschaftlichen Aufschwung sowie der vollständigen Einbeziehung der Frau in das Berufsleben die Selbständigkeit und finanzielle

---

1) Sexualmoral im Wandel der Zeiten, in: Sexualität heute, aaO, S. 74

Unabhängigkeit jedes Ehepartners das Bild der Ehe erheblich veränderten, meist auch im Sinne einer größeren Freiheit gegenüber seinem Gatten.

Auch der immer mehr zurückgehende Einfluß der Kirchen und die nur mehr geringe Mißbilligung der bürgerlichen Umwelt haben mit zu einem Sinken der Ehemoral beigetragen. Am schwerwiegendsten dürfte aber die "sexuelle Revolution" ins Gewicht fallen, die heute - nicht zuletzt durch ihre ungeheure Verbreitung in den Massenmedien - Eingang in die Bevölkerungskreise gefunden hat. Durch eine - wie es scheint - Überbetonung der Sexualität wurde der Geschlechtstrieb geradezu verselbständigt und teilweise sogar schon zum Hauptzweck des menschlichen Zusammenlebens von Mann und Frau gemacht. Entscheidend wirkte dabei selbstverständlich der medizinische Fortschritt mit, der heute den Geschlechtsverkehr durch die entsprechenden Verhütungsmittel völlig von der Fortpflanzungsfolge loslösen und auch etwaige Geschlechtskrankheiten auf ein Minimum beschränken kann, so daß unter diesem Gesichtspunkt die Ehe zur Befriedigung des Geschlechtstriebes nicht unbedingt mehr notwendig ist und daher auch nicht mehr diese Beziehungen monopolisieren kann.[1] Der außereheliche Geschlechtsverkehr ist damit ungefährlich, oft sogar bequemer und durch die Vielfalt anregender geworden, da eine Verantwortung für die Triebbefriedigung nicht mehr vorliegt; daß diese damit zu einer rein mechanischen Handlung herabgewürdigt und aus der untrennbaren Ganzheit einer Person herausgenommen wird, soll nur als Kritik hierzu angeführt werden.

Hochheimer[2] faßt diese Wandlung im Hinblick auf die Ehe wie folgt zusammen: "Die unauflösliche Einehe befindet sich in unserer Zeit in einer Krise und Umstrukturierung,

1) Saller, aaO, S. 54/55 und S. 59

2) Sexualstrafrecht in psychologisch-anthropologischer Sicht, in: "Sexualität und Verbrechen", aaO, S. 101

die unter anderen Gründen auch von einer anspruchsvolleren Sexualität ausgehen. Unsere Zeitgenossen lassen sich dabei immer weniger von überlieferten sittlichen Normen und gesetzlichen Regelungsversuchen bestimmen. Diese entfernen sich bei starrer Verabsolutierung vielmehr zunehmend von der Verhaltenswirklichkeit."

Diese kurze Vorbetrachtung war notwendig, um bei der folgenden Würdigung des Ehebruches den Vorwurf einer einseitigen Betrachtungsweise ausschließen zu können.

a) Sittliche Verwerflichkeit

Trotz dieser Strömungen wäre es jedoch verkehrt, nun der Ehe in unserer Zeit jegliche Berechtigung abzusprechen. Dazu ist sie nämlich zu tief in der Geschichte verwurzelt, als daß man auf sie verzichten könnte, denn die Ehe ist nicht nur so alt wie das Menschengeschlecht, sie ist auch eine Angelegenheit des Menschengeschlechtes selbst,[1] weil sie nämlich eine Ordnung der Gesellschaft, ja der Menschheit überhaupt darstellt. Deshalb unterliegt es wohl keinen Zweifeln, daß die Ehe auch heute noch in den sozialethischen Vorstellungen gegenüber anderen Geschlechtsverbindungen eine bevorzugte Sonderstellung einnimmt und daß sie derzeit noch die allein legitime Beziehung zwischen Mann und Frau darstellt. So betrachtet noch heute die ganz überwiegende Mehrheit der Bevölkerung die Ehe als die engste Lebensgemeinschaft, die zwischen Menschen im Körperlichen wie im Seelischen wie im Geistigen möglich ist. "Das wahre, das natürliche Ethos der Ehe", so meint Pickel,[2] "liegt darin, daß die Gatten sich mit der Schließung ihres Bundes zu gegenseitiger Hilfeleistung, zum gemeinsamen Aufbau eines neuen Daseins, vor allem aber zur Gründung einer Familie zusammen getan haben, und daß

1) Wydler, aaO, S. 15
2) aaO, S. 53

ein solcher Bund, wäre er zeitlich begrenzt, ein Widerspruch in sich wäre." Daß diese Idealvorstellung nicht nur Theorie ist, sondern auch der Überzeugung der Gesellschaft entspricht, hat erst wieder eine Untersuchung von Schwarzenauer[1] ergeben, die bestätigt, daß die Bevölkerung die Einehe mit ihrer Treueverpflichtung durchaus ernst nimmt. Legt man die obige Charakterisierung der Ehe einer moralischen und sittlichen Beurteilung des Ehebruches zugrunde, so ergibt sich bereits daraus seine Unvereinbarkeit mit einer ordnungsgemäß und in Harmonie geführten Ehe. Denn eine Ehe in einem solch umfassenden Sinn, wie sie oben geschildert wurde, muß als zentrales und fundamentales Anliegen die gegenseitige Treue kennen, weil nur so eine dauernde und feste Gemeinschaft realisiert werden kann.

Wenn Bertrand Russel[2] ein ehebrecherisches Verhalten bagatellisiert, indem er es für äußerst unwahrscheinlich hält, "daß Menschen ihr ganzes Leben durchlaufen, ohne gelegentlich einen starken Hang zum Ehebruch zu verspüren", es sei denn, sie werden "durch Hemmungen oder starke moralische Skrupel davor zurückgehalten", so läßt sich daraus noch nicht dessen Bedeutungslosigkeit ableiten. Auch sein Vorwurf, daß "die Psychologie des Ehebruches von der konventionellen Moral verfälscht worden sei, die in monogamen Ländern annimmt, daß Verliebtheit in einen Menschen nicht gleichzeitig neben ernsthafter Liebe zu einem anderen bestehen kann", und daß deshalb dem Ehebruch heute - gerade seit Bekanntwerden der empfängnisverhütenden Mittel - "nicht mehr die große Bedeutung beigemessen werden sollte, welche ihm die althergebrachten Moralvorschriften zuerkannten",[3] ist eine These, die dem wirklichen Wesen des Ehebruches nicht gerecht werden kann, weil sie allein den

---

1) Erotische Ideale und sexuelle Verhaltensweisen, in: "Sexualität heute", aaO, S. 16 und 19/20

2) Ehe und Moral, aaO, S. 154/155

3) Ehe und Moral, aaO, S. 156

außerehelichen Geschlechtsverkehr betrachtet. Genauso aber, wie die Ehe nur in einer Zusammenschau richtig charakterisiert werden kann, muß auch der Ehebruch unter verschiedenen Aspekten betrachtet werden. Bejaht man die Ehe als sittliches Verhältnis - ohne daß man deswegen schon die hohe moralische Eheauffassung der christlichen Lehre von der Unauflöslichkeit zugrundelegen muß -, so wird sie durch einen, wenn auch noch so kurzen oder flüchtigen, Treuebruch verletzt, denn damit ist gegen das die Eheeingehung bestimmende Ziel einer dauernden Bindung an den einen Partner verstoßen worden. Gerade die Treue in der Ehe wird, wie Schwarzenauer gezeigt hat,[1] immer noch sehr hoch eingeschätzt, haben sie doch 4/5 aller Befragten für eine der wichtigsten Voraussetzungen einer Ehe angesehen.[2]

b) Betrug am Gatten und den Kindern

Die Ehe als die intimste, persönlichste Beziehung eines Mannes und einer Frau ist aber zugleich auch von Seiten der beiden Partner jeweils aufeinander bezogen, d.h. beide wollen mit ihrem Zusammenleben durch das Aufeinandereingehen und der damit verbundenen Reifung und Entwicklung letztlich das echte Menschsein in der Gemeinschaft verwirklichen.[3] Eine Ehe kann nur in gegenseitiger Ergänzung und in gemeinsamer Leistung für die Familie bestehen, insbesondere, wenn auch noch Kinder vorhanden sind; dies gilt vor allem bei der heutigen allgemeinen Ehetendenz, die von der Großfamilie zur Intimgruppe geht und somit besonders die persönlichen Beziehungen in den Vordergrund stellt. Mit dieser bei keiner menschlichen Gruppe so starken Zusammengehörigkeits-Verbindung wie bei

---

1) aaO, S. 19/20 und S. 27

2) Ähnlich schon die Ergebnisse von Fröhner-Stackelberg-Eser in "Familie und Ehe", aaO, S. 28

3) vgl. Wydler, aaO, S. 26 und S. 28

der Familie[1] ist ein intimes Eingehen auf eine außerhalb dieser ehelichen Gemeinschaft stehenden Person nicht vereinbar. Auch ein momentaner Seitensprung, der zunächst nicht mehr als eine Episode erscheint, kann nicht ausschließen, daß damit der Grundstock für eine langsam beginnende Entfremdung zwischen den Gatten gelegt wird, die den Anfang zu gegenseitigen Auseinandersetzungen bildet und letztlich die Ehe zerstört. Daß ein solches Verhalten sich auch auf die Kinder auswirkt, die ohne die ruhige und gleichmäßige Atmosphäre einer Familie, ohne die Liebe einer Mutter oder den Schutz eines Vaters,[2] nur unter erschwerten Bedingungen aufwachsen können, bedarf keiner näheren Darlegung. Die oft mit dem Ehebruch verbundenen Spannungen in der Familie, das Hin- und Herziehen der Kinder als Helfer des einen oder anderen Gatten, die mit einer außerehelichen Beziehung notwendig zusammenhängende nachlassende persönliche Sorge um die Kinder trotz der heute zunehmenden sozialen Sicherheit, können auf die Kinder nur von negativem Einfluß sein.

c) Verstoß gegen die biologische Ordnung

Zwar sollte dieser Gesichtspunkt nicht überschätzt werden, andererseits darf trotz der starken Betonung der Geschlechtsbefriedigung beim Verkehr doch nicht übersehen werden, daß sich darin auch der Trieb des Menschen zur Fortpflanzung seines Geschlechtes widerspiegelt. Auch dies ist dem Menschen vorgegeben, auch hierin liegt ein Sinn der Ehe, nämlich "Nachkommenschaft zu zeugen und zu gebären und sie zu pflegen, bis daß sie fähig ist, für sich selber zu sorgen."[3] Daß diese Fürsorge, die sich ja nicht im Zeugungsakt allein erledigt, eben nur im Rahmen der Familie und nicht in einem daneben herlaufenden Verhältnis

1) darauf weist Müller-Freienfels, Ehe und Recht, aaO, S. 26, hin

2) so Saller, aaO, S. 62

3) Wydler, aaO, S. 22

möglich ist, wurde bereits gezeigt.

Aber auch die bloße Befriedigung des Geschlechtstriebes hat nicht von ungefähr ihren natürlichen Bezugspunkt in der Ehe. Zu Recht führt Giese[1] aus, daß "eine optimale sexuelle Potenz für Mann und Frau erst erreichbar ist durch das kulturelle Zutun der Errichtung eigener Häuslichkeit, der Tuchfühlung und des Angleichens, kurz gesagt der Ge - wohn - heit." Seinen Ausführungen ist auch insoweit zuzustimmen, daß das Gebot "Du sollst nicht ehebrechen" wohl eine biblische Erfindung geblieben wäre, wenn es nicht dem sexuellen Verhalten der Menschen und den biologischen Bedingungen ganz realiter entsprochen hätte. Denn ein wirkliches sexuelles Erleben ist nicht in bloßen kurzen Begegnungen möglich, sondern erst, wenn beide Partner sich ganz hingeben, was aber dort ausscheidet, wo einer sich bereits an eine andere Person gebunden hat.

d) Störung der sozialen Ordnung

Mögen alle vorhergenannten Punkte überwiegend auf die Ehe als intimes Persönlichkeitsverhältnis abgestellt sein, auf den Ehebruch als Vertrauensverstoß, so findet letzterer seine allgemeine sittliche Verurteilung in seinem Vergehen gegen die Gesellschaftsordnung. Wie die Hervorhebung der Ehe unter allen anderen denkbaren Geschlechtsverbindungen zeigt, ist die Ehe über die reine individuelle Beziehung zwischen den Ehegatten hinausgehoben worden und hat nach Auffassung der Rechtsgemeinschaft auch überindividuellen, sozialen Zielen zu dienen.[2] Auf Grund der Entscheidung unserer Gesellschaftsordnung bildet die Ehe in Übereinstimmung mit der bisherigen Entwicklung ein Institut, d.h. eine Einrichtung der Gesellschaft selbst, mit dem Ziel und

---

1) in"Sexualität heute", aaO, S. 84

2) so Müller-Freienfels, aaO, S. 70

Zweck, die Ordnung sowie den Bestand und die Dauer eben dieser Gesellschaft zu sichern,[1] so daß der Bestand und Schutz dieser Einrichtung nicht Privatsache ist, sondern der Allgemeinheit etwas angeht. Das bedeutet nicht, daß sich am persönlichen Verhältnis der beiden Ehepartner etwas ändert oder daß gar der Staat die Ordnung in die Ehe hineinbringen und das Zusammenleben reglementieren will; es zeigt vielmehr, daß die Ehe heute noch im Rahmen der Verantwortung vor der großen Gemeinschaft des Volkes und des Staates gesehen werden muß. Damit erweist sich ein ehebrecherisches Verhalten in doppelter Hinsicht verwerflich: einmal seitens des Dritten, der in den bewußt von der Gemeinschaft geschützten Bereich der Ehe eingreift, zum anderen seitens des untreuen Ehegatten, der sich gegen die der Ehe gegebenen Ordnung auflehnt und damit zugleich die Grundlagen der Gesellschaft angreift, die durch eine Geringschätzung der Ehe als der kleinsten staatlichen Einheit verletzt wird.

2) Trennung von Recht und Sittlichkeit

a) Abgrenzung

Mit dieser Ablehnung und Verurteilung des Ehebruches vom sittlichen Standpunkt aus ist jedoch noch nichts über die rechtlichen Konsequenzen hierfür ausgesagt. Gerade das Verhältnis der Sittlichkeit zum Recht gehört zu den umstrittensten rechts- und kriminalpolitischen Fragen, wobei die Schwierigkeit darin liegt, jeweils entsprechend den Zeitverhältnissen und den konkreten Vorgängen die richtige Beziehung zwischen den Forderungen des Rechts und denen der Sittlichkeit zu finden. Denn auch wenn sich die Rechtsordnung letztlich als sittliche Ordnung erweist, folgt daraus noch nicht, daß alle sittliche Ordnung rechtlich verfaßt

1) Wydler, aaO, S. 26

sein müßte oder auch nur dürfte, weil das Recht als ein für die Allgemeinheit gültiges Gebot oder Verbot nicht auf einen anspruchsvollen hohen Ethos gerichtet sein kann, sondern sich mit der Garantierung der elementaren sittlichen Forderungen begnügen muß, insofern also nur das "ethische Minimum" darstellen kann.[1)]

Zu Recht weist Arthur Kaufmann[2)] bei der Abgrenzung darauf hin, daß es "das Recht nicht mit dem Gesamtkomplex der sittlichen Werte" zu tun hat, sondern nur mit einem, nämlich der Gerechtigkeit, verstanden als der Ordnung der den Menschen zusammen mit den anderen zustehenden Gütern nach Maßgabe des Gleichheitsprinzips. Die so interpretierte Gerechtigkeit ist damit zwar ein elementarer und für das menschliche Zusammenleben bedeutsamer, vom sittlichen Standpunkt aus jedoch nur ein geringer Grundwert. Folglich kann das Recht eben lediglich gewisse einfache sittliche Handlungen von allen fordern, also solche, die auf die Erhaltung der notwendigsten Bedingungen menschlichen Zusammenlebens hingehen; sieht man das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit in dieser Weise, so muß man vom Recht eine Beschränkung auf die einfache natürliche Sittlichkeit verlangen.

b) Folgerung für das Strafrecht

Dieses Gebot der Beschränkung muß vor allem dort gelten, wo das Recht den Menschen am schärfsten und härtesten berührt, wo es in dessen Freiheit mit Zwang eingreift, nämlich im Strafrecht. Gerade hier kann es nicht Aufgabe eines Gesetzgebers sein, sittliche Idealvorstellungen ohne Rücksicht auf die Allgemeinheit zu verwirklichen, zumal sich das Recht in einem liberalen Staat immer nur als ein Mittel zur Gewährleistung friedlichen menschlichen Zusam-

1) so Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, aaO, S. 29 und S. 18

2) aaO, S. 41/42

menlebens verstehen kann. Strafnormen dürfen damit nur dort eingreifen, wo die Wahrung oder die Wiederherstellung der gesellschaftlichen Ordnung erreicht werden soll; strafbar kann oder sollte nur das sein, "was gegen jene Grundgebote des Gemeinschaftslebens verstößt, die nicht beliebig wechselnd in der Geschichte auftraten, sondern ein allgemein Menschliches zum Ausdruck bingen."[1] Nun hat allerdings der geschichtliche Überblick im ersten Teil dieser Arbeit gezeigt, daß der Ehebruch ähnlich wie die "Hauptdelikte" des Tötens, Stehlens, Raubens etc. überwiegend zu allen Zeiten als eine strafbare Tat auftauchte und als solche von der Gemeinschaft verurteilt wurde. Andererseits muß aber auch darauf hingewiesen werden, daß Ethos oder Sittlichkeit immer von der Geschichte mitgeprägt sind, so daß man jede Vorschrift in der jeweiligen Zeit einer erneuten Überprüfung hinsichtlich ihrer Rechtfertigung unterziehen muß. Deshalb verlangt speziell unsere Zeit, die durch eine Unsicherheit, ein Schwanken, wenn nicht sogar durch eine Umwandlung auf ethischem Gebiet gekennzeichnet ist, ganz besonders eine Zurückhaltung des Strafgesetzgebers, wenn dieser nicht seine Glaubwürdigkeit und Geltungskraft innerhalb der menschlichen Gemeinschaft verlieren will. Bestehen also Zweifel, ob - trotz der gegebenen sittlichen Verwerflichkeit einer Handlung - deren Strafbarkeit gerechtfertigt ist, dann muß nach der Freiheitsvermutung[2] ("in dubio pro libertate") ein gesetzlicher Eingriff unterbleiben.

Unter diesem Gesichtspunkt soll die abschließende Untersuchung der Frage stehen, ob der Strafgesetzgeber das ehebrecherische Verhalten strafrechtlich ahnden soll oder ob die Abschaffung einer hierüber bestehenden Strafvorschrift eher zu billigen ist. Die Antwort muß dabei im Hinblick

---

1) Arthur Kaufmann, aaO, S. 42

2) vgl. Ulrich Klug, Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme, in: "Sexualität und Verbrechen", aaO, S. 38

auf zwei Gesichtspunkte gefunden werden: einmal ist es notwendig, sich mit dem unserem Recht zugrundeliegenden Leitbild des Grundgesetzes in Bezug auf die Ehe zu befassen, zum anderen muß der Strafzweck einer solchen Vorschrift über den Ehebruch unter Abwägung der Vor- und Nachteile gewürdigt werden, um dann festzustellen, ob das Recht als "ethisches Minimum" ein Einschreiten verlangt oder ob die Zweifel an der Strafbarkeit einen Verzicht auf eine solche Vorschrift erfordern.

II) Forderungen des Grundgesetzes

1) Klärung des Rechtsinstitutes "Ehe"

Art. 6 Abs. 1 GG erklärt ausdrücklich: "Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung." In dieser Bestimmung spiegelt sich die Bedeutung wieder, die der Ehe und der Familie im Aufbau des gesellschaftlichen Lebens zukommt, weshalb in diesem Artikel zugleich eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des die Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts gesehen werden muß.[1] So stellt Art. 6 Abs. I GG einmal eine "wertentscheidende Grundsatznorm" dar, er enthält aber zugleich auch eine sogenannte Instituts(=Einrichtungs-)garantie, nach der die Ehe und Familie staatlich besonders geschützt werden. Dabei wird die so verfassungsrechtlich gewährleistete Ehe unter zwei Aspekten vom Grundgesetz angesprochen.

a) Ethisches und kulturelles Gepräge:

Einmal versteht auch das Grundgesetz die Ehe nicht abstrakt, sondern nur in der Form, wie sie in ihren überlieferten Grundzügen, d.h. in den für die abendländische Rechts- und Kulturauffassung kennzeichnenden Merkmalen heute besteht (sog. "traditionelles abendländisches Verständnis"), also in den Grundformen ihres "ethischen und kulturellen Gepräges" und in deren Ausgestaltung außerhalb des Verfassungsrechtes.[2] Nur in diesem Kernbestand steht die Ehe unter dem Schutz der Verfassung. Dieser Bereich zeigt uns die Ehe als eine "von Alters her überkommene und

---

1) BVerfGE 6,55 und 6,386; Dölle, Familienrecht I, aaO, S. 34.

2) Bonner Kommentar, GG, aaO, Art. 6 Anm. II 1b; v.Mangoldt-Klein, GG, aaO, Art. 6 Anm. III 3; Maunz-Dürig-Herzog, GG, aaO, Art. 6 Anm. 17.

in ihrem Kern unverändert geblieben", auf freiem Entschluß beruhende, monogame und grundsätzlich lebenslange Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer alle Bereiche der Person umfassenden Lebensgemeinschaft.[1] Damit wird bewußt und gewollt klargestellt, daß trotz gewisser Strömungen nur die Einehe unter dem Verfassungsschutz steht; das soll nicht heißen, daß etwa nur diese Ehe als zulässige Form des Zusammenlebens betrachtet werden kann, jedoch bleiben solche eheähnlichen Gemeinschaften außerhalb des verfassungsrechtlichen Schutzes, nur die Einehe in der eben aufgezeigten Ausgestaltung hat den Anspruch darauf, in dieser Form aufrechterhalten zu werden, und zwar sowohl als allgemeines Institut wie auch in ihrer einzelnen konkreten Betätigung.

b) Ehe als soziologische Grundtatsache:

Daneben ist die Ehe aber auch als die "Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft" angesprochen, "deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann."[2] Hier wird also betont, daß auch nach der heutigen sittlich-sozialen Ansicht der Gemeinschaft die Ehe als die Grundform der natürlichen Lebensgemeinschaft von Mann und Frau anzusehen ist und somit die allein geschützte Lebensgrundlage und Ordnungsform der im Staat zusammengeschlossenen menschlichen Gemeinschaft bildet.[3] Durch die Anerkennung in der Rechtsordnung verdient die Ehe auch unter diesem Gesichtspunkt den staatlichen Schutz.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß nach dem unserer Rechtsordnung zugrundeliegenden Leitbild des Grundgesetzes die Ehe, auch wenn sie ursprünglich eine natürliche und in

---

1) BVerfGE 10,59 (66); BGHZ 30,1 (4); Bonn Kommentar, aaO, Art. 6 Anm. II 1a.

2) BVerfGE 6,55 (71)

3) vgl. Hamann, GG, aaO, Art. 6 Anm. B 2; Dölle, Familienrecht I, aaO, S. 53

erster Linie sittlich-religiöse, menschliche Individualbeziehung war, heute sowohl als Einzelverhältnis wie als Rechtsinstitut von der Verfassung zu schützen ist.

2) Bereich des Schutzes als Staatsaufgabe

Unabhängig davon, wieweit der Gesamtschutz dieses Art. 6 Abs. 1 GG als Abwehrrecht des Einzelnen vor Schädigungen der Ehe durch den Staat geht, interessiert im Rahmen dieser Arbeit allein, ob der besondere Schutz des Staates ein strafrechtliches Einschreiten bei einer Störung der Ehe durch ehebrecherisches Verhalten des Gatten wie des Dritten verlangt.

a) Umfang dieser staatlichen Schutzmaßnahmen

Kurz umschrieben bedeutet die im Grundgesetz (Art. 6 Abs. 1) niedergelegte Aufgabe positiv für den Staat, die Ehe einmal vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, zum anderen, sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern.[1] Dadurch, daß sich die Ehe nach den Grundentscheidungen unserer Rechtsgemeinschaft zu einem festen Rechtsinstitut gebildet hat, dessen Bestand und Schutz nicht nur die beiden Ehepartner, sondern die ganze Rechtsgemeinschaft angeht, ist der Staat hiermit aufgerufen, aktiv die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um so die im Volk vorhandene Achtung vor dem sittlichen Wert der Ehe zu stärken und zu erhöhen.[2] Dabei steht natürlich auch der Gesetzgeber wieder vor dem Dilemma, daß trotz der Anerkennung der Ehe als Rechtsinstitut nicht übersehen werden darf, daß das einzelne Eheverhältnis, vor allem die persönlichen Beziehungen der Gatten, vorwiegend doch sittlichen Charakter hat und somit besser

1) BVerfGE 6,55 (76)
2) Müller-Freienfals, Ehe und Recht, aaO, S. 58 und S. 70

durch die freiwillige Bindung der Ehegatten an das Sittengesetz und an die Forderungen ihres eigenen Gewissens geschützt wird als durch Eingriffe der staatlichen Gewalt oder gar durch Anwendung von Zwang.[1)]

Bereits daraus wird ersichtlich, daß trotz der in Art. 6 Abs. 1 GG ausgesprochenen Verpflichtung des Staates, die Ehe zu schützen, dem einfachen Gesetzgeber ein beträchtlicher Spielraum für seine Gestaltungen gelassen werden muß, sowohl was den Inhalt des Schutzes wie auch was die Schutzrichtung betrifft.[2)] Gerade in diesem Bereich ist das Gesetz auf den Rückhalt in der Sitte angewiesen, gerade hier muß es den Wertvorstellungen seiner Zeit genügen, muß sich deren Entwicklung anpassen, muß also den Verhältnissen "gerecht" werden. Denn nur so kann eine staatliche Ehegesetzgebung das gesellschaftliche Leben beeinflußen, andernfalls bleibt es eine bloße Idealvorstellung, die mit den tatsächlich geltenden Regeln nicht mehr übereinstimmt und deshalb nur das Gegenteil, nämlich die volle Abkehr von diesem Recht, erreicht.[3)] Weil eben die Ehe ihre eigene Lebenswirklichkeit hat, die nicht stehenbleibt, muß der Staat auf diesem Gebiet des Eheschutzes ständig die Entwicklung überprüfen, ob eine Regelung weitergeführt werden soll oder ob sie nicht einer Erneuerung oder Änderung bedarf.[4)] Der Schutzauftrag des Grundgesetzes im Hinblick auf die Ehe ist also nicht unbedingt gemeint, d.h. er verlangt nicht Schutz um jeden Preis, sondern verlangt vom Staat ein behutsames Vorgehen, um das in Art. 6 GG gesteckte Ziel zu erreichen, ohne freilich dabei die dort getroffene Wertentscheidung außer Acht zu lassen.

---

1) BGHZ 3,360 (364/365)
2) Maunz-Dürig-Herzog, GG, aaO, Art. 6 Anm. 8
3) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, aaO, S. 48 ff.
4) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, aaO, S. 72

b) Auswirkungen für das Strafrecht

Ein Beispiel für die notwendige Rücksicht des Staates auf die gesellschaftliche Entwicklung ist ganz deutlich das Problem, wieweit die Ehe durch entsprechende strafrechtliche Normen geschützt werden soll (oder überhaupt geschützt werden kann). Denn zweifellos lag früher das Hauptgebiet des Eheschutzes im Strafrecht, weil man dadurch die moralische, sittenbestimmende Kraft der Ehegesetzgebung am Besten und Nachhaltigsten glaubte dokumentieren zu können.[1] Die Folge dieser Tendenz wirkt heute noch so, daß man meint, mit dem Verzicht auf eine Strafbestimmung könne im Volk der Eindruck erweckt werden, daß der Staat sich nunmehr nicht mit der nötigen Schärfe für die Ehe einsetzt oder daß er gar mit einer Abschaffung das bisher strafbare Verhalten billigt.

Demgegenüber muß von vornherein klargestellt werden, daß Art. 6 Abs. 1 GG in keiner Weise die Art und das Ausmaß eines strafrechtlichen Schutzes der Ehe rechtlich verbindlich festlegt, vielmehr ist der Gesetzgeber auch insoweit in seiner Gestaltung frei. Er kann seiner Verpflichtung zum Schutz der Ehe ebenso dadurch nachkommen, daß er Dritte zur Achtung der Ehe derart verpflichtet, indem er sie im Falle der Nichtbefolgung mit rechtlichen Nachteilen belegt,[2] wie er auch umgekehrt nicht dadurch gegen seine Verpflichtung verstößt, daß er außereheliche Beziehungen nicht strafrechtlich oder polizeilich verfolgen läßt.[3]

Zu Recht wird daher darauf hingewiesen,[4] daß Art. 6 I GG weder eine Verpflichtung noch ein Verbot für den Gesetzgeber enthält, die Ehe durch Strafrechtsnormen zu schützen; deshalb ist er auch bezüglich einer Gestaltung der Straf-

1) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, aaO, S. 107

2) Maunz-Dürig-Herzog, GG, aaO, Art. 6 Anm. 8

3) Scheffler, Ehe und Familie, in: "Die Grundrechte"(Bettermann-Nipperdey-Scheuner) aaO,4.Band 1.Halbband, S. 303

4) Maunz-Dürig-Herzog, GG, aaO, Art. 6 Anm. 17

barkeit des Ehebruches durch Art. 6 Abs. 1 GG weder in der einen noch in der anderen Form gebunden, er kann hierüber nach seinem gesetzgeberischen Ermessen frei gestalten.

Hinzuweisen ist noch darauf, daß es heute bereits insgesamt fragwürdig geworden ist, ob man die Ehe überhaupt mit den Mitteln des Strafrechtes wirksam schützen kann.[1] Denn man muß doch festellen, daß der strafrechtliche Eheschutz immer mehr in den Hintergrund tritt, weil er nicht die gewünschten Erfolge bringen konnte und weil man heute mehr die aktiven, die Ehe unterstützenden Schutzmaßnahmen empfiehlt als etwa die rein repressiven, an Strafen geknüpften Androhungen der staatlichen Gewalt. Gerade hier ist wiederum zu beachten, daß dem Strafgesetzgeber vor allem auf Gebieten, die in engem Zusammenhang mit der Sitte und Moral stehen, besondere Zurückhaltung empfohlen werden muß, damit wirklich nur der "Kernbereich von sozialethischen Werten" strafrechtlich geschützt wird. Auch wenn also Art. 6 GG die Ehe unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, sollte sich der Staat überlegen, ob er nicht entsprechend dem "Toleranzgebot" einen Verzicht auf gewisse Strafrechtsnormen in diesem Bereich erklärt und dabei darauf hinweist, daß er mit ihnen das Problem des Eheschutzes nicht lösen kann.[2]

Da das Grundgesetz sich nach keiner Richtung hin abschließend erklärt und somit sowohl eine Strafvorschrift über den Ehebruch wie auch einen Verzicht darauf zuläßt, bleibt die letzte Entscheidung darüber einer Abwägung vorbehalten, die sich mit diesen beiden Gestaltungsmöglichkeiten beschäftigen muß.

---

1) Scheffler (s.o.), aaO, S. 304

2) Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, aaO, S.25/26 und S. 83/84

III) Auseinandersetzung mit dem Problem

1) Gründe für eine solche Strafvorschrift

Damit das Problem der Strafbarkeit des Ehebruches nicht von vorneherein von unrichtigen Voraussetzungen aus diskutiert wird, muß vorweg klargestellt werden, daß beide Seiten - zu Recht - davon ausgehen, daß es sich beim Ehebruch um ein verwerfliches Verhalten handelt, das allgemein mißbilligt wird. Es geht also nicht darum, ob der Ehebruch als solcher etwa eine völlig indifferente Handlung darstellt oder nicht, denn auch die Gegner einer strafrechtlichen Ahndung verurteilen eine solche Tat. Umgekehrt wäre es auch ungerecht, wollte man den Befürwortern vorwerfen, daß sie die mit einer Bestrafung verbundenen Nachteile völlig ignorieren würden. Vielmehr bewegt sich die gesamte Auseinandersetzung heute allein auf rechts- und kriminalpolitischem Gebiete,[1] d.h. fraglich ist nur, ob der Ehebruch ein strafrechtliches Einschreiten verlangt oder ob es sinnvoller ist, auf eine solche Reaktion zu verzichten.

Daß hierbei natürlich die jeweilige Einstellung ganz entscheidend von der jedem eigenen Weltanschauung abhängt, muß der Vollständigkeit halber hinzugefügt werden. Eine endgültige Lösung wird man deshalb wohl kaum finden können; dennoch muß man aber die Gründe für beide Möglichkeiten durchdenken, um so wenigstens das für die jetzige Zeit bestmögliche Ergebnis zu bekommen.

Auffallend ist dabei, daß die Befürworter einer Bestrafung des Ehebruches sich nicht mit der konkreten Strafvorschrift beschäftigen, sondern das Schwergewicht ihrer Argumentation auf eine Rechtfertigung einer solchen Bestimmung legen. Diese ihre Überlegungen sollen kurz dargestellt werden.

---

1) Lackner, Fam RZ 1962, 411; Leferenz, ZStW 77,379(386)

a) Ehe als Grundlage des Staates

Ausgangspunkt der Anhänger einer Bestrafung ist eine starke Betonung der für die Allgemeinheit wie für den Staat so großen Bedeutung einer jeden Ehe. Daß in diesem Zusammenhang der Art. 6 Abs. 1 GG eine besondere Rolle spielt, ist verständlich, weil man sich natürlich darauf beruft, daß mit dem dort niedergelegten Bekenntnis zur Ehe als einer der wichtigsten Grundlagen der Gemeinschaftsordnung ein staatlicher Schutz auch auf strafrechtlichem Gebiet durchgeführt werden muß. Indem eben der Staat die Ehe als sittliche und privatrechtliche Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu einem staatlich beschützten Institut erhoben hat, hat er sein besonderes Interesse daran deutlich zum Ausdruck gebracht und es als ein für den Staat sehr wichtiges soziales Institut anerkannt, das - soweit möglich - gegen alle Angriffe, egal von welcher Seite, geschützt werden muß, weil sich diese indirekt als eine Auflehnung gegen eine öffentliche Institution und damit letztlich gegen den Staat selbst erweisen. Ist aber die Ehe das Fundament des Staates, weil aus ihr der Organismus des Volkes wächst,[1] dann kann der Staat einen Eingriff in die staatliche Ehe- und Familienordnung nicht unbeachtet lassen, weil damit eine Gefährdung oder gar Zerstörung der Ehe und Familie, insbesondere der Kinder verbunden ist. Oft fallen dann diese, an sich der Familie obliegenden Aufgaben (z.B. Unterstützung) dem Staat selbst zu, ganz abgesehen davon, daß ein Großteil dieser Aufgaben eben nur innerhalb der Ehe bzw. Familie durchgeführt werden kann und bei einer Zerstörung dieses Rechtskreises notwendig zum Nachteil der Allgemeinheit entfallen muß (z.B. liebevolle Erziehung der Kinder, gemeinsames Schaffen der Eheleute etc.). In diesem Zusammenhang wird auch auf die geschichtliche Entwicklung hingewiesen, die beweist, daß eine Bestrafung des Ehebruches jeweils dem herrschenden Rechtsbewußtsein ent-

1) Becker, FamRZ 1954, 208 (209)

sprach und daß diese Überzeugung auch im Strafgesetz seinen Ausdruck finden muß.[1] Bei dieser Betrachtungsweise ist also letztlich der Gedanke der Selbsterhaltung des Staates dafür maßgebend, daß er die Ehe strafrechtlich schützt, weil er damit Angriffe gegen eine staatliche Institution, also auch gegen sich selbst abwehren will.

b) Straflosigkeit im Widerspruch zum Sittengesetz

Zum anderen betonen die Befürworter einer Bestrafung insbesondere die bedeutsame sittenbildende und sittenerhaltende Funktion des Strafrechts und leiten daraus in Verbindung mit der dem Staat grundsätzlich auferlegten Schutzpflicht für die Ehe die Notwendigkeit für den Gesetzgeber ab, den Ehebruch als einen sittlichen Verstoß schwerster Art mit einer Strafandrohung zu versehen, um so die sittliche Auffassung über diese Tat auch rechtlich zu manifestieren.[2] Gerade im Hinblick auf die große Bedeutung der Ehe für den Staat hält man es nicht für ausreichend, daß die Beurteilung des Ehebruches allein der Moral überlassen bleibt, weil diese Handlung das Fundament der Gesellschaft berührt und somit auch in den Aufgabenbereich des Strafrechtes fällt.

Der Eheschutz soll danach für alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft so unabdingbar sein, daß die Rechtsordnung sich nicht mit einer mehr oder minder starken rechtlichen Abqualifizierung des Ehebruches auf anderem Gebiet begnügen kann, etwa als Ehescheidungsgrund (§ 42 EheG) oder als Eheverbot mit Nichtigkeitsfolge (§§ 6, 22 EheG) im Privatrecht, sondern daß sie einen ausdrücklichen strafrechtlichen Schutz erfordert, durch den die ethische Verbindlichkeit rechtlich verpflichtend für die Allgemeinheit zum Ausdruck kommt.[3] Man will also mit der Einreihung in das

1) Hörchner, aaO, S. 190/191; Roesel, aaO, S. 190
2) Kretzschmar, aaO, S. 29
3) Lackner, FamRZ 1962, 411 (413)

Strafrecht die Sicherung eines "nach Auffassung der Rechtsgenossen unverrückbaren Stand der sittlichen Lebenswerte und der sozialen Ordnung" herbeiführen[1] und damit einen "immerwährenden Wert" unter Staatsschutz stellen. Zur Unterstützung wird weiter angeführt, daß gerade in einer Zeit, in der die Auffassungen über die Ehe und die damit verbundenen Pflichten immer laxer werden und letztlich zu einer für das Staatswesen schädlichen Beseitigung des Eheinstitutes führen könnten, erst recht ein Strafschutz für die Erhaltung der Ehe von großer Bedeutung sei,[2] weil nur so die sittlichen Wertvorstellungen im ganzen Volke erhalten und gestärkt werden könnten. Die bloße zivilrechtliche Ahndung des Ehebruches ist vom sittlichen Standpunkt aus unbillig, weil sie nicht auch den störenden Mitschuldigen miteinbeziehen kann, so daß dieser für seine verwerfliche Tat nicht die geringsten rechtlichen Folgen befürchten müßte.[3] Der Gesetzgeber würde sich selbst widersprechen, wenn er auf der einen Seite ernsthaft den Schutz der Ehe im Grundgesetz verlangt, sich dann aber bei einer nach allgemeiner Überzeugung verwerflichen Tat auf die zivilrechtliche Folge beschränkt und den Strafschutz abbaut, weil er dann nämlich den gebotenen Schutz der zu sichernden und rein zu haltenden Ehe reduziert anstatt ihn weiter auszubauen.[4] Lackner[5] faßt das Ergebnis dieser Betrachtung so zusammen: ""Mit seinem zugleich rechtlichen und sittlichen Unwert erfüllt der Ehebruch nach den herkömmlichen strafrechtlichen Grundsätzen alle Voraussetzungen, unter denen der Staat befugt ist, eine Handlung mit Kriminalstrafe zu bedrohen." Die sozialethi-

---

1) so Becker, FamRZ 1954, 208 (209)

2) Vgl. Pinoff DJZ 1912, 375; Mayer Hellmuth, Strafrechtsreform, aaO, S. 91; Vogt, aaO, S. 94

3) Roesel, aaO, S. 190

4) Lackner, FamRZ 1962, 411 (417); Becker, FamRZ 1954, 208 (210)

5) Lackner, FamRZ 1962, 411.

sche, sittliche Forderung und der grundgesetzliche Schutzauftrag haben aus dieser Befugnis eine Verpflichtung für den Staat gemacht, der er sich nicht entziehen kann.

c) Sittenprägende Wirkung

Das Schwergewicht der Argumentation für eine Bestrafung des Ehebruches liegt aber heute zweifellos auf straf- oder besser kriminalpolitischen Erwägungen. Es wird auf den "Deichcharakter", auf die "Dammsicherung" dieser Strafvorschrift hingewiesen,[1] die allein einen Abfall von der Sittenordnung verhindern könne. Man befürchtet, daß mit einer Aufhebung der Strafbarkeit im Volke die Hemmung vor unmoralischem Handeln ebenso wegfällt wie die Furcht vor einer Mißbilligung durch die Mitmenschen, daß also in der Bevölkerung eine falsche Vorstellung entstehen kann, wonach der Staat die ehebrecherische Handlung nicht mehr verurteilt, was auf die Zukunft der Ehe und Familie sehr ungünstige Auswirkungen haben könnte.[2] Auch glaubt man, daß das Volk kein Verständnis dafür hätte, daß die Möglichkeiten des Strafrechts begrenzt seien und daß das Strafrecht eben nicht jede sittliche Verfehlung mit seinen Mitteln ahnden könnte, weshalb eine Streichung der Strafvorschrift in weiten Kreisen der Allgemeinheit nur Anlaß zu Mißverständnissen wäre, zumal auch heute noch im Volksbewußtsein eine sittliche Verurteilung des Ehebruches verankert sei.[3]

Daß diese Überlegungen auch für eine Beibehaltung der Ehebruchsstrafvorschrift im E 1962 (als § 193 StGB) maßgebend waren, zeigt dessen Begründung, deren wesentlicher Inhalt die Betrachtung über die Gründe für eine Bestrafung des

---

1) Becker, FamRZ 1954, 208 (209/210); Giesen FamRZ 1965, 248 (255)

2) Roesel, aaO, S. 187; v.Stackelberg, Niederschriften, 8. Band, aaO, S. 365

3) Giesen, aaO, S. 255; Sturm, Niederschriften, 8. Band, aaO, S. 364

Ehebruches abschließen soll. Dort[1] heißt es: "Allein die wesentliche Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß von ihr eine sittenprägende und sittenerhaltende Wirkung ausgeht, und daß in ihr das Bekenntnis des Staates zu der Einrichtung der Ehe als einer der tragenden Grundlagen unserer Gemeinschaft zum Ausdruck kommt. Daher würde, zumal in einer Zeit, in der sich vielfach eine Lockerung der Auffassungen über die Beziehungen der Geschlechter zueinander bemerkbar macht, ein Abbau des strafrechtlichen Schutzes in weiten Kreisen des Volkes nicht verstanden und von anderen Kreisen dahin mißverstanden werden, daß der Staat der Ehe nicht mehr dasselbe Gewicht beimißt wie bisher. Es würde auch der durch Art. 6 GG begründeten Verpflichtung widersprechen, Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung zu stellen."

2) Vorschläge für eine effektvollere Handhabung

Andererseits verkennen aber auch die Anhänger einer Bestrafung des Ehebruches nicht die Schwierigkeiten, die mit einer solchen Vorschrift verbunden sind. Im Laufe der Diskussion räumte man den Gegnern durchaus ein, daß etwa die geringe Zahl der Verurteilungen und das niedrige Strafmaß eine "Verhöhnung" des wirksamen Eheschutzes darstellen[2] und daß man in Anbetracht der tatsächlichen Häufigkeit von Ehebrüchen auch der abschreckenden Wirkung nur geringe Bedeutung zumessen kann. Schließlich streitet man auch nicht ab, daß letztlich hier derart innere, persönliche Fragen mitanstehen, die vom Strafrecht nicht erreicht werden können. Dennoch hat man sich immer wieder bemüht, durch Änderungsvorschläge eine Verbesserung auf diesem Gebiet herbeizuführen.

---

1) E 1962, § 193, S. 348
2) Giesen, aaO, S. 255

a) Ausgestaltung der Strafvorschrift

Kein näheres Eingehen bedarf es auf die Vorschläge, die lediglich die bisherige Fassung der Strafvorschrift über den Ehebruch umgestalten wollen. Die hierbei bestehenden Möglichkeiten wurden bereits im Rahmen der Reformarbeiten aufgezeigt und kurz dargestellt. Auch hier spannt sich der Bogen der Änderungen von einer Erweiterung des Tatbestandes auf einen allgemeinen "Ehetreuebruch"[1], um damit möglichst alle ehezerstörenden Handlungen zu erfassen, über ein staatliches Eingreifen von Amts wegen ohne vorherigen Antrag des Verletzten,[2] wobei dies teilweise wieder durch Einführung des Opportunitätsprinzips auf Seiten der Staatsanwaltschaft in diesen Fällen abgeschwächt werden soll,[3] bis hin zur letzten Konsequenz, nämlich zur Verfolgung von Amts wegen ohne vorherige Scheidung und Strafantrag.[4] Daneben empfiehlt man auch hier den Wegfall des Identitätserfordernisses bei der Ehescheidung,[5] die alleinige Verfolgung des Dritten, falls die Ehe mangels Schuld des ehebrechenden Gatten nicht geschieden werden kann,[6] sowie den Ausschluß des Antragsrechtes in bestimmten Fällen.[7] Schließlich will man auch den Richter in den Möglichkeiten der zu verhängenden Strafen variabler gestalten, indem man sowohl eine Straferhöhung als Verbesserung ansieht, wie man auch andererseits sich in leichten Fällen mit einem Verweis begnügt[8] oder gar in gewissen Ausnahmefällen, bei denen schon das Strafverfahren eine

---

1) Freysoldt, aaO, S. 49 ff.; Schmidt-Leichner, ZAK DtR 1940, 386/387

2) z.B. Deinlein, aaO, S. 50; Goetsch, aaO, S. 95; Hörchner, aaO, S. 220 ff.; Kretzschmar, aaO, S. 30

3) Cohn, aaO, S. 55

4) so Wolff, aaO, S. 97/98

5) so Hörchner, aaO, S. 213; Kahn, aaO, S. 51/52

6) vgl. etwa Bock, aaO, S. 89;

7) Bock, aaO, S. 91

8) so Goetsch, aaO, S. 97

große Härte mit sich bringt, die generelle Möglichkeit eines Absehen von einer Strafe schaffen möchte.[1] Insoweit halten sich aber alle Vorschläge noch im Rahmen des bisher Üblichen.

b) Einführung einer vorherigen Abmahnung

In Anlehnung an historische Vorbilder (vgl. etwa die dreimalige Abmahnung im römischen Recht) will Hellmuth Mayer[2] eine völlige Neugestaltung der Ehebruchsvorschrift einführen. Von seinem Ausgangspunkt aus, nach dem der Schutz der Ehe für den Staat unabdingbar ist, hält er eine nachträgliche Bestrafung nach Auflösung der Ehe für völlig verfehlt, weil die Strafbestimmung im Hinblick auf den Schutzgedanken primär der Erhaltung der Ehe dienen muß, weshalb er auch sein Hauptaugenmerk auf den Dritten als Störer der Ehe richtet. Sein Vorschlag lautet daher: "Wer trotz Abmahnung eine fremde Ehe stört, indem er im Ehebruch beharrt, wird ... bestraft. Die Abmahnung erfolgt durch Zustellung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Abmahnungsschrift. Die Tat wird nur auf Antrag des gekränkten Gatten verfolgt. Sie wird straflos, wenn der mitschuldige Gatte die eheliche Gemeinschaft löst."

Mit einer solchen Regelung soll sehr bald mit der Ehebruchsstrafe eingesetzt werden, um so die verletzte Ehe bereits im Anfangsstadium der Krise anzusprechen und sie auf diese Weise eher zu retten, weil Mayer eine Bestrafung nach völliger und endgültiger Zerstörung der Ehe für sinnlos hält. Er meint, daß die Abmahnung für den Störer doch eine entschiedene Warnung darstellt, die diesen in den meisten Fällen von weiterem ehebrecherischem Tun aus Furcht vor der Strafe abhalten wird. Andererseits bleibt das eheliche Verhältnis selbst unangetastet, weil der mit-

1) z.B. Bock, aaO, S. 93; Hörchner, aaO, S. 240 ff.
2) Strafrechtsreform für heute und morgen, aaO, S. 91/92

schuldige Ehegatte nicht in die Sache mit hereingezogen wird, es sei denn, daß er die eheliche Gemeinschaft bereits völlig gelöst und damit seine Ablehnung gegenüber einem Weiterbestehen der bisherigen Ehe deutlich zum Ausdruck gebracht hat. In diesem Falle könne man auch dem Störer nicht mehr die Gemeinschaft mit dem die alte Ehe ablehnenden Gatten strafrechtlich verbieten.

c) Bessere Übereinstimmung mit dem Scheidungsrecht

Wesentlich erscheint abschließend auch noch ein Hinweis auf einen bisher vernachlässigten Punkt, nämlich dem Zusammenhang mit dem zivilen Scheidungsrecht. So ist es wohl schwer verständlich, wenn der Staat einerseits die beiden Ehebrecher strafrechtlich zur Rechenschaft zieht, auf der privatrechtlichen Seite dagegen von dem an sich für die Ehebrecher bestehenden Eheverbot (§ 6 EheG) regelmäßig Befreiung erteilt. Hier wäre bereits einmal eine Abstimmung beider Vorschriften geboten, wenn man dem Staat nicht widersprüchliches Verhalten vorwerfen soll.

Ein weiterer, sehr wichtiger und immer wieder umstrittener Punkt ist die Bestimmung, wonach ein unschuldiger Gatte der Scheidung widersprechen kann (vgl. § 48 Abs. 2 EheG). Daß hierin oft die Grundlage für Ehebrüche zu sehen ist, dürfte unzweifelhaft sein. Denn wieviele Ehen gibt es, in denen einfach nach einer gewissen Zeit beide oder ein Partner eingestehen müssen, daß ein weiteres gedeihliches Zusammenleben einfach nicht möglich sei.

Sind beide mit einer Trennung einverstanden, so wird mit einer Scheidung der Ehe eine auch für die Allgemeinheit tragbare und vernünftige Lösung gefunden. Welche Schwierigkeiten tauchen aber auf, wenn einer der Gatten sich der Trennung widersetzt, sei es, weil er trotz der tatsächlichen Entfremdung immer noch auf eine Versöhnung hofft oder im Interesse der Kinder an der Ehe festhalten

will, sei es, weil er aus finanziellen Überlegungen heraus oder auch nur deshalb eine Scheidung verweigert, um seinem Partner Erschwernisse zu bereiten. Hat dieser bereits einen anderen Menschen kennengelernt, mit dem er sich besser versteht und mit dem er das weitere Leben in einer neuen Ehe verbringen will, so ist er, der ja in der Regel dann an der Entfremdung in der alten Ehe allein oder doch überwiegend schuld ist, praktisch gezwungen, an dieser Ehe auf Grund des Widerspruches seines Gatten festzuhalten, obwohl die Ehe lediglich noch formell besteht. Hier verlangt man also von einem Gatten, der in der alten Ehe keine Chance für eine Gemeinschaft mehr sieht, daß er sich gesetzwidrig verhält, obwohl er durch eine Scheidung mit allen damit verbundenen Konsequenzen für ein klares, auch dem Gesetz entsprechendes Verhältnis Sorge tragen möchte. Daß eine solche Bestimmung zur Schaffung permanenter ehebrecherischer Zustände führt, bedarf keiner näheren Darlegung.

Diese Überbetonung des Verschuldungsprinzips gegenüber dem Zerrüttungsgrundsatz läßt sich aber allein aus dem Gedanken der Unauflöslichkeit der Ehe begründen, die jedoch bei uns nicht Inhalt der staatsrechtlichen Ordnung der Ehe ist; denn dann hätte der staatliche Gesetzgeber generell jede Möglichkeit einer Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Gatten ablehnen müssen. Gesteht das Gesetz aber dem einzelnen die Befugnis zu, eine nicht mehr aufrechterhaltenswerte Ehe zu trennen, so ist es verfehlt, auf dem Umweg über solche Regelungen wie in § 48 Abs. 2 EheG dem wieder Einhalt zu gebieten. Hier wird nur der Grundstein für ein unehrliches und gesetzlich nicht wünschenswertes Verhalten gelegt, das dann sogar noch - als Ehebruch oder Konkubinat - strafrechtliche Folgen für die Betroffenen haben kann.

Eine solche Überspannung und Verkennung der tatsächlichen Lage hat nichts mehr mit einem staatlichen Schutz von Ehe

und Familie zu tun; zudem wird auch das Recht des einzelnen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt, da er trotz Bruches der alten Ehe gehindert wird, ein neues Leben aufzubauen, insbesondere sich wieder zu verheiraten, bzw. die oft in einer anderen Verbindung geborenen Kinder zu legitimieren.[1)]

Wenn man daher den Ehebruch weiterhin bestrafen will, ist es unbedingt notwendig, das Problem auch unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten, weil man nur dann, wenn man dem Individuum die freie Entfaltung seiner Person einräumt, jemanden strafrechtlich verantwortlich machen kann, der trotz der Möglichkeit einer klaren, gesetzlichen Lösung im gesetzwidrigen Zustand beharrt.

3) Argumente gegen eine Bestrafung des Ehebruches

In letzter Zeit nahmen jedoch die Gegner einer strafrechtlichen Verfolgung des Ehebruches immer mehr zu und diese überwiegende Lehre führte schließlich auch zur Abschaffung der Vorschrift des § 172 StGB in unserem Recht. Im Folgenden sollen die wichtigsten Gründe dafür engegeben werden.

a) Widersprüchliche Regelung

Die ersten Angriffe richten sich gegen die Vorschrift selbst und weisen darauf hin, daß eine strafrechtliche Norm ungeachtet ihrer konkreten Ausgestaltung den Ehebruch einfach nicht auf befriedigende Art und Weise erfassen kann. Auf Grund des Deliktcharakters muß einfach eine solche Regelung immer mangelhaft bleiben, weil der Zwiespalt nicht anders gelöst werden kann. Einerseits nämlich kann und will der Staat nicht eine private Treueverletzung ahnden,

1) Lauterbach in Palandt, aaO, § 48 EheG Anm. 4

sondern einen Angriff auf seine Institution; das allein würde aber ein sofortiges Einschreiten von Amts wegen erfordern, ohne erst auf eine endgültige Zerstörung der zu schützenden Ehe warten zu müssen, so daß die Abhängigkeit des Vorgehens von einer vorhergehenden Ehescheidung nur schwer und von einem Strafantrag des Verletzten gar nicht verständlich erscheint. Demgegenüber besteht aber die große Gefahr, daß ein solch harter staatlicher Eingriff erst recht die gegenseitigen Fronten verhärtet und viele Ehen nunmehr ganz und gar vernichtet, weil eine Bestrafung eines Gatten trotz bestehender Ehe auch noch den letzten Funken Zuneigung, die letzte Bindung zum Erlöschen bringt,[1] so daß jede Fortsetzung der Ehe undenkbar bleibt, der Bruch also unwiderruflich wird.

Andererseits ist aber auch eine deshalb gebotene Rücksichtnahme des Staates sehr nachteilig: stellt er nämlich auf die Scheidung und den Antrag ab, so liefert er sich damit dem privaten Willen einzelner mit allen damit verbundenen Mißlichkeiten aus, er wird zum "Handlanger" des Verletzten.

Denn schon die Entscheidung darüber, ob der Ehebruch tatsächlich vor dem Zivilgericht den Scheidungsgrund abgeben soll, ist allein den Eheleuten überlassen und wird nicht selten zum Gegenstand oft recht unerfreulicher Verhandlungen über Unterhalt, Sorgerecht für die Kinder oder Hausratsverteilung gemacht, so daß diese für die Bestrafung nötige Voraussetzung meist als Druckmittel für günstige wirtschaftliche Regelungen benutzt wird. Diesen Gefahren menschlicher Unzulänglichkeiten ist dann in noch größerem Ausmaße das Antragserfordernis ausgesetzt, daß gerade bei einer so persönlich kränkenden Handlung wie beim Ehebruch nur allzugern vom verletzten Ehegatten als letzte Waffe

---

1) Koffka, in: Sexualität und Verbrechen, aaO, S. 145; Groß, aaO, S. 108

und späte Rache gegenüber dem untreuen Partner und vor allem gegen den fremden Eindringling benutzt wird. Daß eine Regelung, die zu einem solchen Schauplatz niederer Machenschaften und privater Auseinandersetzungen gemacht wird, nicht gerade ohne weiteres als Eheschutzvorschrift akzeptiert, sondern sehr in Zweifel gezogen wird, erscheint verständlich.

b) Erfolglosigkeit einer Bestrafung

Im Zusammenhang mit diesen aus der Eigenart des Delikts entstandenen Problemen wird weiter darauf verwiesen, daß infolge der Abhängigkeit von so vielen Umständen auch nicht einem Sühnebedürfnis der Allgemeinheit Rechnung getragen werden kann, denn die obige Schilderung zeigt auf, von welchen Zufällen letztlich eine ausgesprochene Strafe abhängig ist.[1] In dem Augenblick aber, wo zwischen der Wirklichkeit und der strafrechtlichen Aburteilung ein solches Mißverhältnis besteht, erweist die Strafvorschrift selbst ihre Wertlosigkeit als Schutzmittel für die Ehe. Berücksichtigt man dann noch die in der Praxis üblicherweise verhängten niedrigen Strafen und die an späterer Stelle noch nachzuweisende seltene Aburteilung, so wirkt eine solche praktisch bedeutungslose Strafvorschrift eher wie eine Bagatellisierung des Ehebruches[2] statt wie eine allgemeine Verurteilung dieses Deliktes. Dann hat aber ein solche Strafnorm nur mehr die alleinige Rechtfertigung darin, daß sie um eines Bekenntnisses willen noch im Strafgesetzbuch steht und auf diese Weise von den Bürgern moralisches Verständnis erzwingen will. Wenn jedoch trotz der in der Praxis häufig vorkommenden Ehebrüche nur ein kleiner Teil davon zur Scheidung führt und ein noch geringerer Prozentsatz vor den Strafgerichten abgeur-

1) Koffka, aaO, S. 146

2) Alternativ-Entwurf, Besond. Teil, Sexualdelikte u.a., aaO, S. 61

teilt wird, wenn man weiter bedenkt, daß meistens sogar die Fälle strafrechtlich verfolgt werden, die am wenigsten strafwürdig sind, weil sie auf die Unversöhnlichkeit und die Rache eines verletzten Gatten zurückgehen, und wenn schließlich dieser Strafvorschrift keinerlei vorbeugende, die Allgemeinheit abschreckende Wirkung zukommt,[1] dann sollte man auch eingestehen, daß auf eine solche wirkungs- und bedeutungslose Strafdrohung ohne Schaden verzichtet werden kann. Eine Sanktion, die auf die individuellen Ehen praktisch ohne Einwirkung bleiben muß, kann weder eine sittenprägende noch sittenerhaltende Kraft ausstrahlen, so daß die Berufung hierauf nicht weiterhelfen kann, da dies "wenig tragfähige Gemeinplätze" sind.[2]

c) Geringe Anwendung

Das, was eben theoretisch vorgetragen wurde, wird am deutlichsten durch die Wirklichkeit bestätigt, wenn man sich einmal die Statistik über die mit der Aburteilung des Ehebruches zusammenhängenden Fragen in einem gewissen Zeitraum vergegenwärtigt. Diese Zahlen sind ein beredtes Beispiel dafür, daß der Ehebruchsparagraph tatsächlich ein "Dornröschendasein" führt,[3] wobei man sich immer vor Augen halten muß, daß die Zahl der Ehebrüche - ungeachtet der Dunkelziffer - jährlich etwa zwischen 40 000 und 70 000 liegt.[4]

Im einzelnen zeigt die Statistik[5] folgendes Einzelbild:

---

1) Roesel, aaO, S. 178 ff.

2) Leferenz, ZStW 77, 379 (386)

3) Wagner, MDR 1959, 806

4) vgl. hierzu die Vermutungen von Schultz MDR 1958, 477

5) Zur Verfügung stand hierzu ein umfassender Nachweis nur bis zum Jahre 1966. Die Unterlagen entstammen der Reihe 9 (Rechtspflege) der vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Serie "Bevölkerung und Kultur", aaO.

Angeklagt wegen Ehebruches wurden in diesen Jahren die folgende Anzahl von Personen:	Davon wurden verurteilt:
1959 : 145 (davon 72 Frauen)	- 126 (davon 63 Frauen)
1960 : 216 (" 107 ")	- 195 (" 94 ")
1961 : 212 (" 99 ")	- 196 (" 90 ")
1962 : 171 (" 85 ")	- 146 (" 72 ")
1963 : 137 (" 69 ")	- 121 (" 59 ")
1964 : 137 (" 66 ")	- 123 (" 61 ")
1965 : 149 (" 69 ")	- 129 (" 59 ")
1966 : 158 (" 81 ")	- 136 (" 71 ")

Hierzu müssen bereits zwei Bemerkungen gemacht werden: einmal umfaßt die Anklage in der Regel ja beide Mitschuldige, so daß sich die Zahl der tatsächlich verfolgten Ehebrüche in etwa gegenüber den obigen Angaben halbiert. Zum anderen ist auch die Feststellung interessant, daß sich die Zahl der ehebrecherischen Männer und Frauen die Waage hält, wobei leider nicht ersichtlich ist, ob überwiegend die verheirateten Männer oder Frauen angeklagt wurden, weil in der Statistik die Mitschuldigen nicht näher ausgewiesen werden. Soweit eine Verurteilung nicht erfolgte, kam entweder Verfahrenseinstellung oder Freispruch in Frage wie folgt:

	Einstellung	Freispruch		Einstellung	Freispruch
1959 :	6	13	1963 :	7	9
1960 :	8	13	1964 :	10	4
1961 :	7	9	1965 :	10	10
1962 :	7	18	1966 :	12	10

Diese Ziffern halten sich durchaus im Rahmen dessen, was man allgemein bei Anklagen als Ausfallquoten zu verzeichnen hat.

In diesem Zusammenhang ist eine weitere Aufstellung sehr aufschlußreich für die Häufigkeit der Begehung dieses Delikts, durch die vor allem jene heute sehr propagierte

These widerlegt, daß der Ehebruch gerade in den "besten" Jahren, also nach längerer Ehe am häufigsten ist. Denn die Statistik zeigt, daß der Ehebruch in der Altersgruppe von 20 - 30 Jahren genauso häufig vorkommt wie in der von 30 - 40 Jahren, so daß man von einer größeren Anfälligkeit in bestimmtem Alter nicht sprechen kann. Demnach sieht die Tabelle so aus:

Jahr	Al-ter	16-21J.	21-25J.	25-30J.	30-40J.	40-50J.	50-60J.	Über 60J.
1959:	6(Fr.:	4)	20(11)	25(13)	42(21)	23(11)	7(2)	3(1)
1960:	10(" :	9)	33(16)	35(16)	64(31)	32(16)	18(6)	3(0)
1961:	6(" :	5)	29(14)	36(21)	79(39)	32(10)	14(1)	-
1962:	13(" :	9)	18(9)	34(18)	52(27)	20(8)	7(1)	2(0)
1963:	4(" :	3)	22(14)	32(18)	43(19)	12(4)	7(0)	1(1)
1964:	4(" :	1)	16(12)	32(19)	43(22)	21(6)	6(1)	1(0)
1965:	4(" :	3)	21(10)	28(12)	43(23)	25(10)	6(1)	2(0)
1966:	6(" :	4)	29(17)	25(16)	51(22)	17(9)	8(3)	-

Während also infolge der Altersbedingtheit die Frauen in jugendlichem Alter (16 - 21 Jahren) eher an einem ehebrecherischen Verhältnis beteiligt sind als die Männer, die dafür - ebenfalls physisch bedingt - in fortgeschrittenen Jahren (50 - 60) noch mehr außerehelich verkehren als die Frauen dieser Jahrgänge, zeigt sich im übrigen ein ziemlich ausgeglichenes Bild in den einzelnen Altersgruppen zwischen Männern und Frauen, so daß man auch nicht davon sprechen kann, daß Personen eines bestimmten Alters besonders von einer Strafdrohung gegen den Ehebruch erfaßt sein müßten, um dieses Delikt stärker eindämmen zu können.

Von größter Wichtigkeit ist schließlich noch eine Aufstellung über die bei den Verurteilungen im einzelnen verhängten Strafen, wobei die Jahre 1964/1965 ausgelassen werden mußten, weil hier eine Aufschlüsselung auf die jeweiligen Strafarten nicht erfolgte.

Verständlich ist, daß dabei die Heranwachsenden besonders milde bestraft werden. Im einzelnen sieht das bei den unter 21-jährigen wie folgt aus (die Zahlen in Klammern zeigen die - hier überwiegenden - Mädchen an):

	insgesamt verurteilt	1 Monat Gef. (Bewährung)	1-3 M. (Bewährung)	1-3 M. (ohne Bewähr.)	3-9 M. (Bewährung)
1959:	5 (4)	2 (2)	-	-	-
1960:	8 (8)	2 (2)	-	1 (1)	-
1961:	5 (4)	-	1 (1)	-	1 (1)
1962:	10 (7)	2 (0)	2 (2)	-	
1963:	4 (3)	-	-	-	
1966:	6 (4)	1 (1)	-	-	

	Geldstrafe	davon an Stelle einer Freiheitsstrafe	nach Jugendstrafrecht verurteilte
1959:	3 (2)	3 (2)	1 (-) zum Zuchtmittel
1960:	5 (5)	5 (5)	1 (1) zur Verwarnung
1961:	3 (2)	3 (2)	1 (1) zum Zuchtmittel
1962:	6 (5)	6 (5)	2 (2) zu Geldbetrag u.
			3 (2) zur Verwarnung
1963:	4 (3)	-	-
1960:	5 (3)	5 (3)	-

Zeigen bereits diese Angaben, daß im Regelfall der Ehebruch mit den mildesten Strafen geahndet wird, so kann man es in Anbetracht der Jugend der Täter noch verstehen, wenn ihnen mit einer niedrigen Strafe der weitere Lebensweg nicht verbaut werden sollte. Die folgende Tabelle beweist aber, daß auch bei erwachsenen Tätern diese geringen Strafen durchaus der allgemeinen gerichtlichen Praxis bei der Aburteilung des Ehebruches entsprachen.

Zur Verdeutlichung werden auch hier in Klammern die Strafen für die Frauen angegeben, die zeigen, daß im Strafmaß bzgl. der Geschlechter keine Unterschiede gemacht werden.

Insgesamt ergibt sich bei den Erwachsenen (ab 21 J.) folgendes Bild:

Jahr	insgesamt verurteilt	davon zu einer Geldstrafe	darunter statt einer Freiheitsstrafe (§ 27 b StGB)	Geldstrafe neben oder i.V.m.einer Freiheitsstr.
1959:	120 (59)	97 (48)	97 (48)	-
1960:	185 (85)	145 (64)	145 (64)	2 (2)
1961:	190 (85)	148 (66)	142 (64)	-
1962:	133 (63)	96 (46)	92 (45)	-
1963:	117 (56)	92 (44)	92 (44)	-
1966:	130 (67)	108 (55)	108 (55)	-

Jahr	zu Gefängnis insgesamt	bis 1 Monat	davon auf Bewährung	1 - 3 Monate	davon auf Bewährung
1959:	23 (11)	17 (8)	14 (8)	6 (3)	1 (0)
1960:	40 (21)	26 (16)	24 (15)	11 (5)	8 (5)
1961:	42 (19)	22 (10)	16 (7)	19 (9)	15 (8)
1962:	37 (17)	20 (10)	17 (8)	15 (7)	15 (7)
1963:	25 (12)	15 (7)	15 (7)	9 (5)	9 (5)
1966:	18 (9)	10 (6)	8 (5)	6 (2)	5 (2)

Jahr	3 - 9 Monate	davon Bewährung	9 Monate - 1 Jahr
1959:	- (-)	- (-)	-
1960:	2 (0)	1 (0)	1 (0)
1961:	1 (0)	1 (0)	-
1962:	2 (0)	2 (0)	-
1963:	1 (0)	-	-
1966:	2 (1)	2 (1)	-

Diese außerordentlich niedrigen Strafen des statistischen Bildes und die spärlichen Verurteilungszahlen beweisen wohl mit aller Deutlichkeit die geringe Bedeutung der Vorschrift und lassen auch sehr am kriminalpolitischen Be-

dürfnis dieser Bestimmung zweifeln.[1)]

d) Schädliche Nebenwirkungen

Ist bereits die praktische Bedeutung sehr in Frage gestellt, so spricht vor allem für eine Abschaffung der Ehebruchsvorschrift, daß sie bei der gegenwärtigen Praxis eher noch Schaden anrichtet, was einmal - wie schon oben angedeutet - auf das Scheidungs- bzw. Antragserfordernis zurückzuführen ist. Daß auf beide nicht verzichtet werden kann, wenn man nicht eine Flut von peinlichsten amtlichen Ermittlungen in einer Ehe herbeiführen will, wurde mehrmals betont und erläutert. Die Schwierigkeit liegt nun darin, daß durch diese Voraussetzungen die ehebrecherische Handlung dann zur Aburteilung kommt, wenn die Ehe endgültig aufgelöst ist. Durch die Notwendigkeit eines Antrages seitens des verletzten Ehegatten wird damit aber immer die Gefahr heraufbeschworen, daß zu diesem Zeitpunkt die Stellung des Strafantrages in den meisten Fällen nur auf die Rachsucht des betrogenen früheren Partners zurückzuführen ist. Dieser Antrag ist ein wahrhaftig gefährliches Werkzeug in der Hand des Verletzten, weil sich damit hier bei einem Ehebruch - im Gegensatz zu anderen Antragsdelikten - große Möglichkeiten für sittlich verwerfliche Manipulationen bieten. Ganz abgesehen davon, daß es wohl jedem, auch nur einigermaßen empfindsamen Gatten trotz der ihm zugefügten Unbill in der Regel wohl schwerfallen, wird, den anderen Partner, mit dem er oft jahrelang zusammengelebt und vielleicht sogar eigene Kinder großgezogen hat, nun dem Strafrichter und damit der Gefahr einer Gefängnisstrafe auszuliefern, darf man nicht übersehen, daß bereits ein Scheidungsverfahren vorausgegangen ist mit all seinen Unannehmlichkeiten und daß schon dort sehr eingehend die Schuldfrage im Verfahren behandelt wurde, erfah-

1) so auch die Begründung des Bundestages, Drucksache V/4094 zu Nr. 50

rungsgemäß häufig mit harten Auseinandersetzungen der beiden Eheleute verbunden, so daß danach das Strafbedürfnis durch die Scheidung nachgelassen hat. In solchen Fällen widerspricht ein nachträgliches Strafverfahren aber der mit einer Scheidung bezweckten Beruhigung, die im Verhältnis der ehemaligen Gatten durch die endgültige Regelung etwa hinsichtlich der Kinder oder der Unterhaltsfrage eingetreten ist.[1] Ein jetzt noch gestellter Strafantrag wird daher meist auf niedrige, emotionale Motive zurückzuführen sein, die dann der Ausfluß des in der Ehe aufgestauten Hasses sind und allein dem Rachebedürfnis des verletzten Ehegatten dienen, der für seine erlittene Unbill nun ausreichend Genugtuung erlangen will.[2] Haftet so bereits den wenigen gestellten Anträgen ein derartiger Makel an, so wird das Gesamtbild noch negativer, wenn man auch noch die Bedeutung dieses Antragsrechts im vorausgehenden Ehescheidungsverfahren berücksichtigt, wo es immer mehr zu einer gefürchteten Waffe wurde, so daß nicht ohne Grund von einer "Kommerzialisierung" des Ehebruchsparagraphen oder vom § 172 StGB als "Handelsobjekt" gesprochen wurde.[3] Wie oft mag hier der hintergangene Gatte die Möglichkeit der Antragsstellung dazu benutzt haben, den Verzicht auf eine Scheidungsklage wegen Ehebruches mit materiellen Vorteilen direkt zu "erkaufen", indem er seine Position dazu ausnutzte, um etwa eine Erhöhung seiner Unterhaltsforderung, eine Besserstellung beim Zugewinn, eine Bereicherung bei der Hausratsverteilung zu erreichen oder um schließlich in den oft traurigen Kämpfen um die Kinder die Oberhand zu behalten. Gerade, soweit es sich beim treulosen Gatten um einen Beamten handelte, für den der Ehebruch desweiteren noch dienststrafrechtliche Folgen haben

---

1) Müller-Freienfels, aaO, S. 110

2) Simson NJW 1966, 963, 964; Lackner FamRZ 1962, 411, 412

3) Koffka, Sexualität und Verbrechen, aaO, S. 145; Müller-Freienfels, aaO, S. 110

konnte[1], wurde gern dieses Druckmittel eingesetzt, um günstige Ergebnisse für sich bei der Scheidung zu erreichen. Daß ein derartiges Vorgehen weder der Würde der Ehe noch ihrer Erhaltung dient, bedarf wohl kaum näherer Darlegung.[2] Denn es kann kaum Sinn einer Strafrechtsnorm sein, das Mittel dafür abzugeben, um im Scheidungsprozeß - als fast erpresserischer Druck eingesetzt - für eine günstigere vertragliche Regelung auf Seiten des betrogenen Gatten zu sorgen, solche niedrigen Regungen sollten gesetzlich nicht gefördert werden. Eine Vorschrift, die aber mehr nachteilige als günstige Folgen mit sich bringt, hat jede Berechtigung verloren.

e) Eingriff in den Intimbereich

Als weiterer, sehr beachtenswerter Grund gegen eine Bestrafung des Ehebruches wird vorgebracht, daß diese Tat überwiegend doch eine rein personale Angelegenheit ist und als Treuebruch außerhalb des gesellschaftlichen Strafbereiches liegt, so daß das Strafrecht sie letztlich niemals erfassen kann. Diese Unfähigkeit zeigt sich deshalb auch nach zwei Richtungen hin. Einmal ist und bleibt der Ehebruch primär ein Leidenschaftsdelikt, das auf der unwiderstehlichen Anziehung der Geschlechter beruht mit der Folge, daß in diesen, oft vom Geschlechtstrieb beherrschten Momenten wohl jede Überlegung - auch an strafrechtliche Konsequenzen - ausgeschlossen wird.[3]

Dort aber, wo menschliche Sinnlichkeit und Schwäche im Spiel sind, wo sich die Natur des Menschen regt, erscheint tatsächlich eine Strafdrohung sehr fraglich, denn was kann

---

1) Ehebruch wird als Dienstvergehen angesehen, vgl. Bay. Dienststrafhof 6. Band, -1953-13; 9. Band, -1956-37; Dienststrafhof Rheinland-Pfalz FamRZ 1955,56; Bernhardt FamRZ 1961, 338

2) Bundestagsdrucksache V/4094, aaO, zu Nr. 50; Alternativ-Entwurf, aaO, S. 61

3) Lebedkin, aaO, S. 88

das Strafrecht auf diesem Gebiet, was kann es gegen solche Leidenschaften ausrichten?[1] Man darf dabei auch nicht vergessen, daß für den einzelnen Menschen das, was äußerlich als Ehebruch sich zeigt, oft für ihn ein wirklich echtes und tiefes Erlebnis sein kann, daß er hier einen Partner gefunden haben kann,[2] mit dem er endlich wieder harmonisch zusammenleben kann, was in der vielleicht bereits zerstörten, wenn auch noch formal bestehenden Ehe, mit dem anderen Gatten nicht mehr möglich ist. Denn es darf nicht übersehen werden, daß der Ehebruch oft nur den Schlußpunkt unter eine schon im Innern aufgelöste Ehe setzt, wobei meist auch der andere Gatte an diesem Scheitern der Ehe mitschuldig ist und durch eigenes Fehlverhalten sogar mit zum Verlassen des ehebrecherischen Gatten beigetragen hat. Da all diese Umstände in der Regel dem Strafrichter verborgen bleiben, weil es einfach unmöglich ist, den Anfang einer Eheauflösung in ihren Ursachen zu ermitteln, empfindet der Betroffene gerade dann eine Maßnahme der staatlichen Strafverfolgung besonders hart, wenn es für ihn um eine Angelegenheit seiner Intimsphäre geht. Hier will jeder das Problem mit sich selbst und den unmittelbar Beteiligten ausmachen, so daß das zur Aufklärung notwendige Erforschen der personalen bzw. familiären, jedenfalls rein privaten Umstände nur auf Unverständnis stoßen kann und deshalb erst recht zu einer Oppositionsstellung führt, die nunmehr auch gegen den Staat und damit gegen die Gemeinschaft gerichtet ist, die sich dieser Liebesbeziehung widersetzt.

Zum anderen wird bezweifelt, ob überhaupt staatliches Strafen geeignet ist, in dem intimen Bereich engster mitmenschlicher Beziehung den jeweils betroffenen Einzelmenschen zu einem der Sittenordnung entsprechenden Verhalten zu zwingen.[3] Denn das Fundament der Ehe ist und bleibt das sitt-

---

1) Mittermaier, in Sexus, Band IV, 1926, S. 5, 7

2) Groß, aaO, S. 103/104

3) Lackner, FamRZ 1962, 411

liche Bewußtsein des Menschen, das sich - selbst durch drakonische Strafmaßnahmen-weder erzeugen noch fördern läßt, sondern immer der Freiwilligkeit des Einzelnen überlassen bleiben muß, weshalb man die im Ehebruch liegende Verletzung allein der Ahndung der Sitte überlassen möchte, weil das "innere Seelenleben" betroffen ist und hiergegen nicht mit den "stumpfen Mitteln" einer Strafe sühnend vorgegangen werden sollte.[1)]

Zu Recht wird vorgebracht, daß eheliche Treue, Bindung an die Familie und geschlechtliche Zucht solche Werte darstellen, die auf den moralischen Grundlagen eines jeden Menschen aufbauen und von ihm im Laufe der Zeit für die Entwicklung seiner Persönlichkeit entweder erworben werden oder nicht, die aber keinesfalls durch den staatlichen Druck mit einer Strafdrohung erzwungen werden können. Zudem ist zu überlegen, ob es tatsächlich Ziel eines staatlichen Eheschutzes sein kann, daß Ehen nur mit Blick auf das Strafrecht erhalten werden sollen oder ob man nicht hier die Unmöglichkeit staatlichen - strafrechtlichen - Einschreitens zugeben sollte.

f) Fehlende Strafbedürftigkeit

In Anbetracht all dieser negativen Umstände und der Tatsache, daß sich der Ehebruch einfach in keiner auch nur einigermaßen befriedigenden Art und Weise als Straftat erfassen läßt, hat man konsequenterweise deshalb mit Erfolg gefordert, auf diese Strafvorschrift gänzlich zu verzichten, weil dies besser sei als etwa einen zwecklosen Paragraphen aus Tradition in den Strafgesetzbüchern fortzuführen. Dabei wird von allen in keiner Weise die sittliche Verwerflichkeit der Tat angezweifelt, doch rechnet man sie zu der Vielzahl von Handlungen, die trotz ihrer

1) Wilm JR 1951, 17/18; Kohler GA 56, 297 und 59, 59; Alternativ-Entwurf, aaO, S. 59; Sturm NJW 1969, 1606

Unsittlichkeit allein moralisch gerichtet werden können.[1)]

In diesem Sinne äußerten sich vor allem auch die Vertreter der beiden Konfessionen, die darauf hinwiesen, daß aus theologischer Sicht kein Grund besteht, sich für die Bekämpfung des Ehebruches mit den unzulänglichen Mitteln einer staatlichen Strafe einzusetzen, weil nach christlicher Auffassung dies nicht Sache des irdischen Strafrichters sein kann.[2)] Ohne eine gewisse sittenprägende Wirkung zu bagatellisieren, wird demgegenüber vorgebracht, daß man im Volk Verständnis dafür haben müsse, daß auch die Möglichkeiten des Strafrechts begrenzt seien und daß es gleichfalls schwere sittliche Verfehlungen geben könne, für die das Strafrecht einfach keine passende Antwort hat.[3)]

Hauptargument ist aber eine Änderung des Strafrechtsverständnisses selbst, das heute allgemein als äußerstes Mittel der Sozialpolitik verstanden wird und das deshalb sich auf die Pönalisierung solcher Verhaltensweisen beschränken muß, die wirklich gravierende, das Gemeinwohl berührende Gefahren im sozialen Raum darstellen und sich mit anderen, leichteren Mitteln nicht abfangen lassen.[4)] Aufgabe des Strafrechtes kann es nur sein, das friedliche menschliche Zusammenleben zu gewährleisten, nicht etwa Handlungen allein um ihrer Unsittlichkeit willen mit Strafe zu bedrohen, so daß es immer entscheidend auf die Strafbedürftigkeit, nicht auf die Strafwürdigkeit ankommen kann. Das wiederum setzt voraus, daß eine Handlung so

---

1) vgl. Kahn, aaO, S. 61; Schultz MDR 1958,477; 1967,457, 458; Dölle, Familienrecht I, aaO, S. 36

2) so die Entschließung der Evang.Akademie (mitgeteilt von Woesner NJW 1965, 1249). Für die Straffreiheit auch die Kath.Akademie Berlin (vgl.NJW 1967,1072),vgl. für den kath.Standpunkt:Bayerlein in: Die lebendige Zelle (Nr.2) 1969, S. 37 ff (41)

3) Koffka, Sexualität und Verbrechen, aaO, S. 148

4) So der Alternativentwurf, aaO, S. 59; Hanack in: Verhandlungen des 47.Deutschen Juristentages (DJT),aaO, A 29,30 Hellmer, ZStW 70,360,371; Worm, SPD und die Strafrechtsreform, aaO, S. 145

gefährlich und als sozialwidriges Verhalten für die Allgemeinheit so unerträglich sein muß, daß eine Kriminalstrafe als äußerstes Mittel staatlichen Zwanges und als stärkste Form sozialer Mißbilligung notwendig erscheint, um die Allgemeinheit vor weiteren Handlungen zu schützen oder derartige Taten wenigstens zu vermindern. Dabei wird nicht verkannt, daß teilweise immer noch eine Neigung zur Identifizierung von Strafrecht und Moral besteht, d.h. daß ein bestimmtes Verhalten, das einmal von der Bevölkerung als strafwürdig empfunden wird, deswegen schon weiter unter Strafschutz bleiben muß, weil ein Zurückweichen als moralische Wertentscheidung des Gesetzgebers aufgefaßt werden könnte.[1] Dies aber widerspricht der Stellung des Strafrechts in einem modernen Rechtsstaat und in einer pluralistischen Gesellschaft, die im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität vor jeder Pönalisierung ein Abwägen dahingehend verlangen, ob trotz schutzbedürftiger Rechtsgüter das Strafrecht überhaupt in der Lage ist, dieses Rechtsgut sinnvoll und mit Erfolg zu schützen. In dem Augenblick aber, wo eine Strafnorm kaum noch angewendet wird, wo eine eheschützende Wirkung sich nicht nachweisen läßt und wo sie mehr Schaden als Nutzen anrichtet, wo man also nicht mehr von einem "elementaren Sühneverlangen der Gemeinschaft" sprechen kann, weil diese eine derartige Verletzung nicht hinnehmen kann, muß die Berechtigung einer solchen Norm, auch wenn sie in langem, geschichtlichen Ablauf Tradition geworden ist, neu überdacht und ihre Notwendigkeit besonders sorgfältig geprüft werden.[2] Die oben aufgeworfenen Schattenseiten der Vorschrift über den Ehebruch haben aber gezeigt, daß an der Bestrafung primär nur noch deswegen festgehalten wird, weil in ihr ein Bekenntnis des Staates zur Ehe zu sehen ist und weil man sich von

---

1) Hanack, Verhandlungen, aaO

2) Rosenthal-Pelldram, in: Die große Strafrechtsreform, aaO, S. 70-72; Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, aaO, S. 20, 32, 86

ihr eine gewisse sittenprägende Wirkung verspricht. Es kann nun aber wirklich in einem Rechtsstaat nicht Funktion eines Strafgesetzes sein, im Rahmen einer "Kodifikation von Lippenbekenntnissen zu den ewigen Grundwerten der abendländischen Kultur"[1] um dieses Bekenntnisses willen gegen den Bürger Strafdrohungen zu erlassen. Sonst käme man nämlich dazu, daß in Zukunft bestimmte Handlungen nur noch deshalb bestraft werden, weil einem Teil der Öffentlichkeit gewisse elementare Unterschiede zwischen der Moral und den Aufgaben des Strafrechts nicht deutlich gemacht werden können.[2] Zu Recht verneint man deshalb eine Strafbedürftigkeit des Ehebruches, weil dann die sittliche Mißbilligung dieser Tat durch die Bevölkerung nichts mit seiner Einschätzung als Kriminaldelikt zu tun hat und weil der Staat das Bedürfnis nach einer Kriminalisierung einer Handlung auch dann verneinen kann, wenn er sie selbst ablehnt. Aus all diesen Gründen hat der Bundestag daher auch die Aufrechterhaltung des problematischen Ehebruchstatbestandes, der ohne nennenswerte Schutzwirkung geblieben ist, abgelehnt im Vertrauen darauf, daß sich die Abschaffung auch bei uns nicht nachteilig auf das Volksbewußtsein über die Bedeutung der Ehe auswirken wird.

---

1) so Blei, in: Universitätstage 1964 Berlin, aaO, S. 102
2) so Jäger in: Sexualität und Verbrechen, aaO, S. 282

IV) Vorschlag einer anderweitigen Ahndung

1) Verschiebung der Zuständigkeit

a) Verlagerung auf das Zivilrecht

Steht damit nun fest, daß heute die Strafnorm nicht mehr das geeignete Mittel ist, um die Ehe zu schützen,[1] so kann man auf der anderen Seite nicht an dem durch Art. 6 GG gebotenen Schutz der Ehe vorbeigehen. Denn, wenn man zu Recht Eheschutz nicht mit dem Ruf nach Strafrechtsschutz gleichsetzt, so muß man doch einen der jetzigen Situation besser angepaßten Eheschutz eben mit anderen Mitteln erstreben und verstärken, wobei dies insbesondere ein Ruf an den Gesetzgeber ist, durch wirkungsvolle zivilrechtliche, sozialrechtliche und steuerrechtliche Gesetze sich eheschützend und -stützend zu betätigen,[2] und so die besondere staatliche Förderung der Ehe als eine seiner Grundlagen erkennen zu lassen. Was die Behandlung des Ehebruches angeht, so ist er jetzt allein noch im Zivilrecht von Bedeutung, dort muß nun der Gesetzgeber jedem die sittliche Bedeutung und den Wert einer Ehe vor Augen führen, dort muß der Staat beweisen, wie ernst es ihm mit dem Schutz der Ehe ist und wie stark er Eheverfehlungen verurteilt. Wie hier durch verstärkte Maßnahmen die Mißachtung des Ehebruches ausgedrückt werden kann, ist Gegenstand dieses Schlußkapitels.

b) Beschränkung auf Deliktschutz

Dabei kann und will diese Arbeit nicht sämtliche Fragen, die im Zivilrecht im Zusammenhang mit einem Ehebruch auftauchen, abhandeln, da dies über den Rahmen dieser Unter-

---

1) Scheffler in: Die Grundrechte, aaO, Bd. IV S. 302; Müller-Freienfels, aaO, S. 110

2) Simson NJW 1966, 963, 964

suchung hinausgehen würde, man denke nur an die Probleme des Eheverbotes wegen Ehebruch (§ 6 EheG), an die Untersagung der Namensführung (§ 56 EheG) oder an die Ehelichkeitsanfechtung (§§ 1593 ff. BGB).

Hier dagegen soll die zivilrechtliche Seite allein dahin überprüft werden, ob die oben festgestellte Verwerflichkeit des Ehebruches als gemeinschädliches Verhalten und als Betrug am Gatten und den Kindern nicht zusätzlich zum absoluten Scheidungsgrund weitere zivilrechtliche Sanktionen fordert, die das Unwerturteil des Staates und der Allgemeinheit über ein solches Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringen. Bisher sind wir ja nur zu dem Ergebnis gekommen, daß das Strafrecht nicht der geeignete Platz ist und auch nicht sein kann, um den Ehebruch abzuurteilen. Gleichzeitig war aber unbestritten, daß alles verhindert werden muß, um den Anschein zu erwecken, dem Ehebruch komme in unserer Zeit für die Allgemeinheit keinerlei Bedeutung mehr zu; gerade die Warnfunktion des ehemaligen § 172 StGB war eines der Hauptargumente der Gegner einer Abschaffung. Deshalb soll abschließend untersucht werden, wie sich dieser Gedanke, der im Strafrecht wegen der Unzulänglichkeit der Verfolgung nicht beibehalten werden konnte, in das Zivilrecht übertragen läßt. Da dieses auch den Schutz des einzelnen gegen Eingriffe in seinen Rechtskreis kennt und aus diesem Grunde die Vorschriften über unerlaubte Handlungen in das Gesetz aufgenommen hat,[1] ist dies der Ansatzpunkt für die Frage, welche Möglichkeiten dieses Rechtsinstitut für einen verstärkten Eheschutz bietet.

---

1) Palandt, Einf. 1 vor § 823

2) Darstellung des anerkannten Eheschutzes

a) Ausgangspunkt

Gleich zu Beginn muß darauf hingewiesen werden, daß damit ein Gebiet betreten wird, das derzeit noch sehr umstritten ist und sich noch in einer Entwicklung befindet, deren Ende vorerst nicht abzusehen ist. Daher muß sich die Arbeit auf die Darstellung der wichtigsten Grundzüge beschränken, um so die Grundlagen für die Möglichkeiten eines Eheschutzes im Zivilrecht schaffen zu können.

Mangels eigener familienrechtlicher Schutzvorschriften kommt als Ausgangspunkt nur die Regelung des allgemeinen Deliktrechts (§§ 823 ff BGB) in Frage, das auch die widerrechtliche Verletzung "sonstiger Rechte" ahndet. Erste Voraussetzung ist damit, daß sich aus der Ehe für jeden Gatten ein "sonstiges Recht" im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB ableiten läßt, d.h. ein Recht, das von jedermann zu beachten ist und aus diesem Grunde ausschließlichen Charakter haben muß.[1] Bereits hier im Ansatz gehen die Meinungen auseinander - eine Folge der schwierigen rechtlichen Qualifizierung der Ehe. Sicherlich stellt die Ehe zunächst ihrem sittlichen Wesen nach eine auf vollständiger und vorbehaltloser Verbundenheit beruhende umfassende Lebensgemeinschaft der Ehegatten auf Lebensdauer dar, die sich in ihrer Begründung, Erhaltung und Entfaltung auf alle Lebensbereiche jedes Gatten erstreckt.[2] Betrachtet man allein diese rein persönlichen Verhältnisse, sozusagen den intimen Kernbereich der Ehe, der nur das gegenseitige Zusammenleben der Gatten betrifft mit den daraus resultierenden Pflichten zum gemeinsamen Leben, zur Treue, Liebe und Achtung, zum ehelichen Verkehr, zur Erzeugung und Erziehung von Kindern, so muß hier, wo es allein auf die innere

1) Palandt, aaO, § 823 Anm. 6

2) BGHZ 26, 198; Soergel-Siebert, aaO, Band IV, § 1353 Anm. 2

geistige und seelische Bereitschaft zur ehelichen Pflichterfüllung ankommt, jeder rechtliche Zwang scheitern, da diese Pflichten sich im Wertreich der Ethik befinden und eine Verletzung solch innerer Werte nicht vom Recht erfaßt werden kann.[1] Wer also die Ehe nur als Individualverhältnis ansieht und sich dabei auf § 1353 Abs. 1 BGB beruft, wonach "die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind", der muß folgerichtig ein im Zusammenhang mit der Ehe bestehendes absolutes Recht ablehnen, weil dieses persönliche Treueverhältnis sicherlich nur zwischen den beiden Eheleuten bestehen kann.[2]

Demgegenüber hat die Rechtsprechung und überwiegende Literatur in Anbetracht der bereits oben bei der Rechtsgutsproblematik dargestellten Bedeutung der Ehe für die Gemeinschaft, die nach dem 2. Weltkrieg noch durch die Einführung des Art. 6 Abs. 1 GG unterstrichen wurde, ausdrücklich der aus der Ehe den Ehegatten erwachsenden Rechtsstellung Drittwirkung und damit ausschließlichen Charakter beigemessen und folglich auch ein absolutes Recht der Ehegatten auf den Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft anerkannt.[3] So einhellig heute ein solches absolutes Recht bejaht wird und so einheitlich man auch es als ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB ansieht, so verschieden sind doch die Konsequenzen, die man aus dieser rechtlichen Qualifizierung der Ehe zieht. Denn sogleich schränkte man den Anwendungsbereich des deliktischen Schutzes für die Ehe ganz erheblich ein, indem man nunmehr eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze der unerlaubten Handlungen auf

---

1) Vgl. Padrutt, aaO, S. 2

2) so etwa: Strupp, aaO, S. 41; Steffens, aaO, S. 17

3) z.B.: RGZ 72, 128, (130); RGZ 151, 159, 164; BGH LM Nr. 3 zu § 823 BGB Af; Gernhuber, aaO, S. 137; Palandt, Einf. 1 vor § 1353; Lehmann-Henrich, aaO, S. 75; Soergel-Siebert, aaO, Band III, § 823 Anm. 49

die Ehe wegen ihres Wesens als sittlicher Lebensgemeinschaft größtenteils ablehnte. So ist der Streit heute darauf verlagert, wie weit man den Schutzbereich hierfür festlegen soll und kann.[1)]

b) Beschränkung auf den räumlich-gegenständlichen Bereich

Die Rechtsprechung ist trotz der Anerkennung eines absoluten Rechts sogleich davon ausgegangen, daß eine unbeschränkte Anwendung der allgemeinen, den Schutz von Rechten und Rechtsgütern bezweckenden Gesetzesbestimmungen nicht ohne weiteres zulässig sei. Diese Einschränkung wurde damit begründet, daß jeder Eheschutz Rücksicht darauf nehmen müsse, daß die Beziehungen der Ehegatten zueinander vorwiegend sittlichen Charakter haben, also nur durch freiwillige Bindung an das Sittengesetz und an die Forderungen des eigenen Gewissens garantiert werden können, und daß sie deshalb nicht durch die Rechtsordnung und schon gar nicht durch Eingriffe staatlicher Zwangsgewalt geregelt werden können.[2)] In diesem persönlichen Bereich würde sich jeder Zwang gegen die sittliche Grundlage der Ehe selbst wenden, so daß insoweit ein Eheschutz von den Gerichten abgelehnt wird, wobei dies auch im Verhältnis zu jedem Dritten gilt, weil sich eine gegen diesen gerichtete Sanktion mittelbar doch gegen einen der Gatten richten würde.

Diese Überlegungen waren maßgebend dafür, daß sich der Eheschutz derzeit allein auf den "räumlich-gegenständlich bestimmten Bereich" beschränkt, also auf den Bereich, der "die äußere sachliche Grundlage für das gemeinsame Ehe- und Familienleben abgibt und zugleich den einzelnen Familienmitgliedern die Entfaltung ihrer Persönlichkeit ermöglichen soll."[3)] Geschützt wird also der verletzte Ehe-

---

1) so Koenigs, JZ 1954, 206
2) BGHZ 6, 360, 364
3) BGHZ 6, 360, 365

gatte nur in seinem Recht auf Lebensraum, wobei dieser Schutz mit dem der Familie untrennbar zusammenhängt. Soweit allerdings dieser Bereich von Störungen betroffen wird, läßt die Rechtsprechung den Schutz auch bereits wirken, bevor die Ehe geschieden ist, weil an der Aufrechterhaltung dieser äußeren Grundlage der Ehe und Familie sowohl ein öffentliches Interesse als auch ein durch Art. 6 GG geschütztes persönliches Interesse des an der Ehe festhaltenden Ehegatten selbst dann besteht, wenn der innere Bereich der Ehe durch deren Zerrüttung bereits völlig ausgehöhlt ist.[1)]

Die Zulässigkeit einer solchen Klage ergebe sich daraus, daß sie gerade die Wiederherstellung eines mit der Sitte in Einklang stehenden Zustandes zum Zwecke habe und deshalb nicht dem sittlichen Wesen der Ehe widerspreche.[2)] Wolle man nicht die Natur der Ehe verwischen und einen gefährlichen Entwertungsprozeß einleiten, so müsse man eben den Schutzbereich des absoluten Rechts "Ehe" im Rahmen der §§ 823 ff. BGB bewußt auf die äußere Stellung als Ehegatte und auf den gegenständlichen Bereich der sittlichen Lebensgemeinschaft Ehe beschränken.[3)] In Durchführung dieser eingeschränkten Anerkennung eines Eheschutzes hat man beispielsweise Klagen für begründet erachtet, mit denen etwa eine Ehefrau die Entfernung einer Ehebrecherin aus der ehelichen Wohnung und die Unterlassung derartiger künftiger Störungen beantragt hat[4)] oder dem Ehemann das weitere Zusammenwohnen mit der Geliebten im Mietshaus, in dem sich auch die Ehewohnung befindet, untersagt wird oder die Beschäftigung der Geliebten im Betrieb des Ehemannes, in dem auch die Ehefrau mitarbeitet, verboten wird.[5)]

---

1) BGHZ 6, 360, 367

2) Soergel-Siebert, IV. Band, aaO, § 1353 Anm. 30

3) Koenigs JZ 1954, 206, 207;
Fiedler-Zydek JZ 1954, 452, 453, 454

4) BGHZ 6, 360

5) BGHZ LM § 823 Af 1 und 2

Der Ehefrau wurde sogar das Recht eingeräumt, die Entfernung der Wirtschafterin zu verlangen, auch wenn keine ehewidrigen Beziehungen bestehen, wenn nur dadurch ihre Frauenwürde und ihre Stellung als Hausfrau und Mutter erheblich verletzt wird.[1] Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, in welchem Rahmen nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen der Eheschutz gegenüber jedem Dritten wie auch gegenüber dem anderen Gatten anerkannt und verwirklicht wird.

3) Ausdehnung auf Schadensersatzansprüche

Der Hauptstreit bei der Auseinandersetzung um den Schutzbereich des absoluten Rechtes auf Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft liegt heute in dem Problem, ob und bejahendenfalls in welchem Rahmen dem verletzten Ehegatten Schadensersatzansprüche gegen den anderen Gatten bzw. gegen den Dritten zustehen, wobei hier nur auf Verletzungen der Ehe durch Ehebruch eingegangen werden soll. Dieser Fragenkreis ist bis heute Gegenstand von Diskussionen, bei denen sich im wesentlichen drei Gruppen gegenüberstehen: einmal der BGH, dann eine Vielzahl von Untergerichten und schließlich ein beachtlicher Teil der Lehre und Literatur.

a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

In Fortsetzung der bereits vom Reichsgericht[2] festgelegten Linie lehnt der Bundesgerichtshof jeglichen Schadensersatzanspruch des verletzten Ehegatten im Zusammenhang mit einem Ehebruch ab. Dieser Ausschluß soll sowohl während der Ehe wie auch nach deren Auflösung gelten und in gleicher Weise gegenüber dem anderen Gatten wie auch dem

1) BGHZ LM GG Art. 6 Nr. 3
2) RGZ 72, 128; RGZ 151, 159

außenstehenden Dritten wirken.[1] Aus diesem Grunde wies der BGH alle diesbezüglichen Klagen ab, ob sie nun auf Ersatz der durch den Scheidungsprozeß verursachten Kosten oder auf Ersatz für einen durch die seelischen Aufregungen erlittenen Gesundheitsschaden gerichtet waren, ob der verletzte Gatte die Ehelichkeitsanfechtungskosten für das im Ehebruch gezeugte Kind von seiner Ehefrau bzw. vom Ehebrecher verlangte oder ob er Ersatz seiner Aufwendungen für den Unterhalt des Ehebruchskindes bei Nichtanfechtung geltend machte, alle diese Klagen blieben vor dem BGH erfolglos.[2]

In sämtlichen Entscheidungen kommt immer wieder zum Ausdruck, daß nach Ansicht des BGH die Ehe als Lebensgemeinschaft der Ehegatten als solche ihrem Wesen nach außerhalb der Güter steht, deren Verletzung allgemein Ansprüche auf Ersatz des Vermögensschadens auslösen kann.[3] Es sei bereits zweifelhaft, ob der Ehebruch, der die Ehe als die persönliche Verbindung der Ehegatten angreift und einen nicht vermögensrechtlichen, sondern seiner Natur nach einen nicht wieder zu beseitigenden Schaden stiftet, überhaupt einen Eingriff in dieses absolute Recht darstellen könne; denn bei Verletzung eines familienrechtlichen, sittlichen Verhältnisses könne von einem zu ersetzenden Vermögensschaden nicht die Rede sein. Auf jeden Fall habe aber das BGB gezeigt, daß es eventuelle mittelbare Verletzungen, die mit dem Ehebruch zusammenhängen, nicht den betreffenden Personen nachteilig anlasten will.[4] Weiter beruft man sich auf die Motive und die zahlreichen Bestimmungen des BGB, die die durch die Ehe begründeten Pflichten und die Folgen ihrer Verletzung behandeln und deshalb als ab-

1) vgl. BGHZ 23,215; 26, 217; 30,1; 37,41; NJW 1956, 1149

2) vgl. weiter BGH LM § 823 Af Nr.3,5,6; BGH LM § 1709 Nr. 5; BGH 14,358; BGH LM § 1593 BGB Nr. 4. Einen guten Überblick gibt Hoffmann-Stephan, EheG, aaO, § 42 Anm.45

3) BGHZ NJW 1956, 1149, 1150

4) RGZ 72, 128, 130, 131

schließende Regelung anzusehen sind, weil sonst die Behandlung dieser Fragen im Familienrecht durch die Anwendung der §§ 823 ff. BGB in erheblichem Maße ihren Sinn verlieren würde.[1)]

Die Auffassung, daß die Ehe als einheitliche Lebensgemeinschaft zu betrachten sei, verhindere nicht, daß man bestimmte vermögensrechtliche Ansprüche als nach dem Willen des Gesetzgebers nicht gegeben erachte, obwohl sie sich als Folge eines Angriffes gegen die Ehe ergeben würden; denn das Gesetz zeige selbst - etwa durch Fehlen einer Unterlassungsklage gegen Ehebrecher und die mangelnde Vollstreckbarkeit eines Urteils auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft -, daß die Ehe eine besondere Stellung im Recht einnehme, die eben aus ihrem Wesen folge.[2)] Seien aus einer Verletzung familienrechtlicher Pflichten Folgerungen zu ziehen, so müßten sie eben - dem Wesen der Ehe entsprechend - aus dem dafür vom Familienrecht selbst gegebenen Vorschriften entnommen werden, wobei die dort im Verhältnis der Ehegatten zueinander abschließende Regelung auch gegenüber dem Ehestörer wirken müsse, weil sonst das, was der Ehegatte dem Partner nicht zu leisten verpflichtet wäre, dem Dritten aus der Ausgleichspflicht (§ 426 BGB) unter Gesamtschuldnern geschuldet würde. Schließlich sei ein Schadensersatz bei ehewidrigem Verhalten auch gar nicht erstrebenswert, weil dies praktisch die Verhängung einer Art "Ehestrafe" bedeuten würde.

Trotz einer möglichen Bejahung solchen Ersatzes aus Billigkeitsgründen in manchen Fällen könne daraus keine andere Ansicht abgeleitet werden, weil immer nur die Schadensersatzpflicht generell bejaht oder abgelehnt werden könne und ersterenfalls zu einem umfassenden Ersatz führen müßte. Schließlich dürfe man auch nicht übersehen, daß die

---

1) BGHZ 23, 215, 217, 218

2) BGH LM Nr. 3 zu § 823 Af BGB

Festsetzung einer Entschädigung immer mehr oder weniger der Willkür überlassen bliebe.[1] Auch gebiete Art. 6 GG keinen derartigen Eheschutz, weil sich er nur mit der Ehe als solcher befasse, sich aber nicht auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zueinander (und damit mittelbar auch zu Dritten) beziehe.[2] Dies waren und sind die hauptsächlichsten Gründe, die den BGH zu einer Ablehnung jeglicher Schadensersatzansprüche aus ehebrecherischem Verhalten bewogen haben. Er geht also von einer hohen ethischen Auffassung vom Wesen der Ehe aus und betrachtet die eheliche Lebensgemeinschaft als ein Rechtsgut, dessen Integrität letztlich allein von der fortwährenden freien Bereitschaft der Ehepartner zu einem gedeihlichen Zusammenleben abhängt, so daß ein Ehebruch dieses Rechtsgut nicht von außen her verletzen könne, weil dieses Verhalten bereits Ausdruck des inneren Verfalls der ehelichen Gemeinschaft sei.[3] Nach dem BGH ist es für das Wesen der Ehe typisch, daß die beiden Gatten das ihnen aus der Ehe erwachsende Schicksal selbst tragen müssen mit der Konsequenz, entweder trotz aller Störungen an der Ehe festzuhalten oder sich von ihr dadurch zu befreien, daß man von der gesetzlichen Möglichkeit einer Scheidung Gebrauch macht. Eine weitere Befugnis bestehe nicht, so daß der betrogene Gatte aus dem Fehlverhalten der Ehebrecher Ansprüche auf Schadensersatz weder gegen seinen Partner noch gegen einen Dritten ableiten könne. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der BGH außerhalb des besonders geregelten Ehestreitverfahrens (Scheidungs-, Anfechtungs-, Nichtigkeitsklage etc.) nur einen sehr eingeschränkten Eheschutz anerkennt, nämlich nur insoweit, als der räumlich-gegenständliche Bereich einer Ehe durch das ehebrecherische Verhalten betroffen wird.

---

1) BGHZ 23, 215, 218 ff.

2) BGHZ 26, 217, 223

3) so Raske in der Anmerkung zu BGH LM Nr. 6 zu § 823 Af BGB; ferner Hoffmann-Stephan, EheG, aaO, § 42 Anm. 46

b) Die Rechtsprechung der Untergerichte

Ohne die vom BGH aus dem Wesen der Ehe abgeleiteten Einschränkungen gehen viele Untergerichte,[1] nachdem sie mit der allgemeinen Ansicht - zu Recht - ein absolutes Recht der Ehegatten auf den Fortbestand der ehelichen Gemeinschaft anerkennen, einfach davon aus, daß durch einen Ehebruch dieses, durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht verletzt wird und daß daher, nachdem unmittelbar durch dieses Verhalten die Ehe selbst zerstört wird, als mittelbarer Schaden alles zu ersetzen ist, was erfahrungsgemäß durch den Ehebruch als Schaden herbeigeführt wurde und auch beim verletzten Gatten tatsächlich als Nachteil entstanden ist.[2] Daß im Rahmen der unerlaubten Handlungen auch ein nur mittelbar verursachter Schaden zu ersetzen ist, vorausgesetzt, daß er sich auf das schädigende Ereignis zurückführen läßt, daß also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden - nach dem Grundsatz der adäquaten Verursachung - gegeben ist, entspricht dabei einer heute allgemein anerkannten Meinung in Literatur und Rechtsprechung.[3] Unter Anwendung dieser generellen Grundsätze haben dann auch einige Untergerichte zunächst einmal die dem verletzten Gatten entstandenen Kosten eines Scheidungsprozesses als Schadensersatz zuerkannt.[4] Weiter Fälle eines solchen gerichtlich anerkannten Ersatzanspruches waren hauptsächlich Streitigkeiten um ein im Ehebruch erzeugtes Kind und die daraus für den unschuldigen Ehemann sich ergebenden finanziellen Belastungen. So sprachen einige Gerichte dem Ehemann einen Anspruch gegen den Ehebrecher bezüglich der Kosten zu, die für die Durchführung des Anfechtungsstreites über das "Ehebruchskind" not-

1) vgl. die Nachweise in den BGB-Kommentaren zu § 823 und zu § 1353, etwa Soergel, 3. Band, aaO, § 823 Anm. 49; Palandt, aaO, Einf 1 vor § 1353

2) so LG Aurich NJW 1952, 145; vgl. auch AG Friedberg FamRZ 1964, 569

3) BGHZ 41,123; Palandt, aaO, Einf 6 vor § 823

4) LG Aurich NJW 1952,145; LG Würzburg MDR 1952,40

wendig waren,[1] während andere auch die für den Unterhalt dieses Kindes erforderlichen Kosten vom Ehebrecher als dem wirklichen Vater und somit letzlich Verpflichteten als Klagforderung anerkannten.[2] Diese wenigen aufgeführten Entscheidungen von Untergerichten zeigen aber, daß trotz der Rechtsprechung des BGH diese Gerichte immer wieder durch entgegengesetzte Urteile versuchen, das oberste Zivilgericht zu einer Änderung seiner Ansicht zu bewegen, weil man die Gründe des BGH nicht als durchschlagend ansieht. Insbesondere ist aus den Begründungen der Erst- und Berufungsgerichte ersichtlich, daß man es ablehnt, die eheliche Lebensgemeinschaft einerseits den absoluten Rechten des § 823 Abs. 1 BGB zu unterstellen, andererseits aber dann hinsichtlich der Auswirkungen auf die Ersatzforderungen solche Einschränkungen zu machen, daß praktisch der Schutz für dieses Recht entfällt. Diese, bei allen anderen absoluten Rechten des § 823 Abs. 1 BGB unbekannte Beschränkung stößt also bei Untergerichten auf Unverständnis.

c) Die Stellungnahmen der Literatur

Während noch die älteren Abhandlungen jeglichen Schadensersatz ablehnen, weil sie die persönlichen Pflichten der Ehegatten in den Vordergrund stellen und deshalb kein absolut geschütztes Recht annehmen, sondern einen Ersatzanspruch höchstens auf eine Verletzung des § 1359 BGB gründen wollen[3] oder eine Lösung über § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 172 StGB im Rahmen des Schutzzweckes versuchen,[4] ist erstmals Magis[5] für die Anerkennung eines

1) LG Frankenthal FamRZ 1957, 136; LG Berlin FamRZ 1957, 137; LG Offenburg FamRZ 1965, 275

2) OLG Celle FamRZ 1964, 366

3) vgl. Strupp, aaO, S. 5, 28, 41

4) so Steffens, aaO, S. 29/30

5) aaO, S. 50 ff.

solchen Schadensersatzanspruches bei Verletzung der ehelichen Treue eingetreten. Desgleichen kommt auch Schelbert[1] im Rahmen seiner Untersuchung, die sich allerdings auf die Ersatzansprüche gegenüber dem Drittstörer beschränkt, zu dem Ergebnis, daß ein solcher Ersatz der Billigkeit entspricht und schlägt de lege ferenda eine eigene Bestimmung hierüber vor, die lauten soll: "Der schuldlos geschiedene Ehegatte kann von dem Drittstörer seiner Ehe Ersatz des materiellen Schadens verlangen, der ihm durch jenes ehewidrige Verhalten entsteht. Nicht ersatzfähig sind die Vorteile, die in der bisherigen Ehegemeinschaft ihren Grund hatten und mit dieser entfallen." Auch Padrutt tritt im Rahmen seiner Arbeit für die "Ehestörungsklage"[2] für das deutsche Recht für eine Bejahung der Schadensersatzklagen ein, weil es sich hierbei nicht um eine vermögensrechtliche Qualifizierung der Ehe handele, sondern lediglich um die Wiedergutmachung der der einzelnen Gattenpersönlichkeit entstandenen materiellen Schädigung, die genau wie jede andere Persönlichkeitsverletzung Recht auf zivilrechtlichen Schutz verdiene. Zum gleichen Ergebnis, wenn auch mit anderer rechtlicher Begründung, kommt Krüger,[3] der eine Trennung zwischen dem räumlichen und persönlichen Bereich der Ehe ablehnt und beides als unzertrennbare Einheit ansieht, so daß auch auf diesem Gebiet ein erzwingbarer Eheschutz möglich sein soll der primär die Verpflichtung zur Beseitigung des ehestörenden Zustandes enthält (unmittelbarer Schaden), daneben aber auch zum Ersatz eines Vermögensschadens (= mittelbarer Schaden) führen kann. Krüger untersucht weiter den Ehebruch auch als eine Äußerung der Mißachtung und Geringschätzung gegenüber dem betrogenen Gatten und hält unter diesem Gesichtspunkt Schadensersatzansprüche für möglich, weil jedes ehebrecherische und ehestörende Verhalten eines

---

1) aaO, S. 49

2) aaO, S. 65 ff

3) aaO, S. 53, 60 ff, 69 ff

Gatten oder eines Dritten, das beleidigenden Charakter hat, zugleich das absolute Recht des treuen Gatten auf seine Würde und Ehre (Art. 1 und 2 GG) verletze. Ein besonders vehementer Verfechter eines umfassenden Eheschutzes ist Boehmer, der in eingehenden Untersuchungen nachzuweisen versucht hat,[1] daß ein Schadensersatz bei Ehestörungen unbedingt geboten ist, wenn man nicht die Ehe als ein geringwertiges Recht ansehen will. Überhaupt ist festzustellen, daß sich die Lehre, soweit sie in ihrer überwiegenden Zahl eine Ersatzpflicht ausspricht, hierbei im wesentlichen auf zwei Ausgangspunkte stützt: während die einen das Problem über eine sachgerechte Anwendung des Begriffes "sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB lösen wollen,[2] stellen andere mehr die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes des betrogenen Gatten heraus.[3]

Einige differenzieren trotz grundsätzlicher Anerkennung einer Ersatzpflicht noch nach der Eigenart der Schäden und lassen Ansprüche nicht hinsichtlich des "Bestandsinteresses", wohl aber wegen des "Abwicklungsinteresses" einer Ehe zu;[4] andere wiederum beschränken einen Ersatzanspruch allein gegenüber dem Mittäter.[5]

Im Grundsatz aber kann man im Großteil der Literatur eine Befürwortung der Schadensersatzpflicht feststellen,[6] nur der Anwendungsbereich im einzelnen ist strittig.

---

1) etwa in "Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung", I. Band, aaO, S. 90 ff. und in der Abhandlung "Zur Ehestörungsklage" AcP, 155, 181 ff.

2) vgl. etwa Fabricius AcP 160, 273 ff, 317 ff.

3) vgl. etwa Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, aaO, S. 265/266

4) Gernhuber, aaO, § 17 III; zustimmend Soergel-Siebert, III. Band, aaO, § 823 Anm. 49

5) so Palandt, aaO, Einf.: 1 vor § 1353

6) vgl. die Zusammenstellung bei Krüger-Breetzke-Nowack, GleichberechtigungsG, aaO, Einl. Anm. 196

4) Befürwortung einer Ersatzpflicht bei ehebrecherischem Verhalten

Im Folgenden sollen zunächst die Gründe miteinander abgewogen werden, die für oder gegen die Anerkennung einer solchen Ersatzpflicht bei Ehebruch sprechen.

a) Auseinandersetzung mit dem BGH

Bereits die Gesamtkonzeption des BGH ist von einer inneren Widersprüchlichkeit gekennzeichnet, die abgelehnt werden muß, denn es geht nicht an, auf der einen Seite die eheliche Lebensgemeinschaft unter die absoluten Rechte einzureihen, um dann sogleich den damit verbundenen umfassenden Schutz auf ein Minimum einzuengen. Desgleichen erscheint es recht fragwürdig, ein grundsätzlich generell anerkanntes absolutes Recht hinsichtlich des rechtlichen Schutzes in mehrere Bereiche aufzuspalten und hiervon nur den räumlichen Bereich als geschützt anzusehen. So kann man sich des Eindruckes nicht erwehren, daß die Rechtsprechung des BGH von der Furcht gekennzeichnet ist, eine Anerkennung eines allgemeinen Eheschutzes könne zur Ausuferung von Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Ehestörungen führen, die sich dann nicht mehr begrenzen lassen. Diese Befürchtung leitet den BGH in allen Entscheidungen zum Eheschutz und nur so kann man sein übervorsichtiges Taktieren verstehen. Denn in den Begründungen wird ersichtlich, daß der BGH vom erwünschten, ablehnenden Ergebnis ausgeht und dieses zu festigen versucht, wobei allerdings - und das ist rechtlich zu mißbilligen - seine Voraussetzungen in der Mehrzahl nur bloße Behauptungen sind, die sich gesetzlich nicht stützen lassen. Zu Recht wird kritisiert,[1] daß der Hinweis des BGH auf die angeblich ab-

1) Gernhuber, Familienrecht, aaO, § 17 III; Boehmer, FamRZ 1956, 182, 183; vgl. für das Folgende auch die Auseinandersetzung von Stoffel, aaO, S. 72-78, mit den Einwänden der Rechtsprechung.

schließende Regelung des Verhältnisses der Ehegatten im Familienrecht auf einer Eigenwertung beruht, die keine Begründung, sondern nur eine Prämisse darstellt.

Vorzuwerfen ist dem BGH allgemein noch, daß er in der Frage des Eheschutzes - im Gegensatz zu seiner sonstigen, oft recht elastischen Rechtsprechung - auf einem harten "Alles oder Nichts"-Standpunkt steht und dabei jede Differenzierung ablehnt, so daß er letztlich die gleichen Überlegungen im Verhältnis zum störenden Dritten anwendet, die er gegenüber dem treuwidrigen Ehegatten angestellt hat. Aber auch gegen die einzelnen vorgebrachten Gründe ergeben sich erhebliche Bedenken.

So meint der BGH, aus den zahlreichen Bestimmungen über die ehelichen Rechte und Pflichten und ihrer Regelung im Familienrecht sei die abschließende Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten zu entnehmen. Abgesehen davon, daß dieses Argument keinesfalls gegenüber dem Dritten Geltung haben kann,[1] weil er auch nicht mittelbar in dieses eheliche Verhältnis miteinbezogen ist, läßt es sich auch für die Ehegatten selbst nicht halten. Der Fehler des BGH liegt hierbei in einer mangelhaften Differenzierung. Er hat sicherlich mit seiner Aussage recht, wenn er damit die persönlichen, intimen Beziehungen der Eheleute anspricht und alle die Fragen meint, die untrennbar mit dem Wesen einer Ehe verbunden sind. Unstreitig sind allein die familienrechtlichen Vorschriften maßgebend, wenn es um das eheliche Zusammenleben in seiner persönlichen Form geht, wenn Unterhaltspflichten im Streit stehen oder wenn über den Umfang der Mitarbeit eines Gatten Unklarheit besteht. Aus diesen Sonderregelungen kann man aber nicht die Wirkung ableiten, daß im übrigen auf die Eheleute das allgemeine Zivilrecht keine Anwendung finden kann, insbesondere,

---

1) Larenz, Schuldrecht, II. Band, aaO, § 66 I a

daß damit das Gesetz bewußt jede Ersatzpflicht des schuldigen Ehegatten ausschließen wollte.[1] Zu Recht weist Künkel[2] darauf hin, daß man unbedingt zweierlei auseinanderhalten muß: Die familienrechtlichen Sonderbestimmungen können und wollen nur die Verstöße gegen die ehelichen, gesetzlich niedergelegten Verpflichtungen und deren Folgen hieraus regeln. Sie beziehen sich aber nicht auf solche Ansprüche, die erhoben werden, weil ein Gatte in schuldhafter Weise in andere geschützte Rechtsgüter seines Ehepartners eingegriffen hat. Wollte man auch derartige weitere Schadensersatzansprüche ausschließen, so käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß die Ehe geradezu ein Freibrief für Schadenszufügungen gegenüber dem anderen Eheteil wäre. Es kommt doch auch niemand auf den Gedanken, einem Gatten, der von seinem Ehepartner geschlagen oder mißhandelt wird, den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit zu versagen, nur weil es sich zufällig um eine verheiratete Person handelt; gleiches gilt auch für die Wegnahme oder Beschädigung von Gegenständen, die einem Ehegatten allein gehören und die sich der andere einfach durch sein verletzendes Verhalten als eigene anmaßt. Daß das Gesetz selbst im Rahmen der persönlichen Pflichtverletzungen Schadensersatzansprüche nicht für unmöglich und unzulässig hält, zeigt § 1359 BGB mit seiner Haftungsbeschränkung, der bei einer generellen Ablehnung solcher Ansprüche überflüssig wäre.

Da bereits oben nachgewiesen wurde, daß heute zu Recht die eheliche Lebensgemeinschaft unter die absoluten Rechte des § 823 BGB eingereiht wird, bleibt weiter die - vom BGH bejahte - Frage, ob nicht auf Grund des sittlichen Wesens der Ehe als eines idealen Rechtsgutes Einschränkungen ge-

---

1) hierzu auch vom dogmatischen Standpunkt Boehmer FamRZ 1956, 182 und Beitzke MDR 1957, 408, 409

2) in FamRZ 1966, 176, 178

boten sind, weil es um den Schutz persönlicher, individueller Belange geht, die im wesentlichen auf sittlichen Werten und Bindungen beruhen: Diesen Einwand hat Boehmer[1] überzeugend widerlegt, wenn er auf den fehlenden Nachweis dafür hinzeigt, daß es sich bei der Ehe ausschließlich um eine sittliche Einrichtung handelt, für die wirtschaftliche Belange irrelevant seien. Zu Recht meint er, daß eine solche Betrachtung nicht nur einseitig, sondern völlig wirklichkeitsfremd sei, weil es sich eben bei der Ehe nicht nur um eine geistige, seelische und geschlechtliche, sondern auch - und zwar zu einem nicht geringen Teil - um eine wirtschaftliche Lebensgemeinschaft handele. Dies erkenne auch das Gesetz in den §§ 844/845 BGB an, wo es finanziellen Ersatz für die Leistung eines Ehegatten zulasse. Deshalb müßten die das eheliche Verhältnis schützenden Vorschriften ihrem Zwecke nach auch die materiellen, wirtschaftlichen Interessen als "Schutzobjekte" berücksichtigen, so daß es unrichtig sei, die Ehe außerhalb der Güter zu stellen, deren Verletzung einen Anspruch auf Ersatz eines Vermögensschadens herbeiführen könne. Denn eine derartige Reduzierung des Schutzzweckes auf den idealen Bereich lasse sich aus dem Gesetz nicht entnehmen, es werde "in den Schutzzweck jene Wertung hineininterpretiert, die man aus ihm zu entnehmen wünscht."[2] So anerkennenswert eine hohe sittliche Auffassung von der Ehe ist, so kann es doch nicht Aufgabe und Absicht einer Rechtsordnung sein, die Ehe viel weniger als jedes andere vermögensrechtliche Geschäft zu schützen, indem man in der Ehe die Verletzung solcher Rechtsgüter erlaube, die außerhalb einer Ehe Ersatzansprüche auslösen würden; deshalb sei es mehr als gerechtfertigt, daß dann, wenn durch eine Ehestörung beim anderen Gatten ein finanzieller Schaden entstanden sei, die dafür Schuldigen auch einstehen müßten.[3]

---

1) AcP 155, 188/189

2) so Gernhuber, aaO

3) Beitzke MDR 1957, 408, 409; Beitzke Zbl JR 1952, 211

Auch der Hinweis auf die Motive geht in diesem Zusammenhang fehl, die für die Einführung der §§ 1353 BGB, 888 Abs. 2 ZPO maßgebend waren. Aus ihnen ergibt sich nämlich,[1] daß der Gesetzgeber nur die Anwendung eines unmittelbaren Zwanges - insbesondere durch Strafen - gegenüber den Eheleuten verhindern, keinesfalls aber Schadensersatzansprüche hat ausschließen wollen, vielmehr habe er darin sogar einen angemessenen Ersatz für die wegfallenden Zwangsmöglichkeiten gesehen.

Wenn der BGH weiter meint, die Anerkennung solcher Ansprüche würde praktisch der Verhängung einer Strafe gleichkommen, so müßte er jeden Schadensersatz als "Strafe" ansehen, was sicherlich schon deswegen falsch ist, weil ein Schadensersatzanspruch im Gegensatz zu einer Strafe den Nachweis eines tatsächlich eingetretenen Schadens verlangt. Aus diesem Grunde sind auch die Befürchtungen hinfällig, daß derartige Klagen vom verletzten Gatten aus Gründen persönlicher Rache oder gar Bereicherung angestrengt würden, weil er ja den Schadensnachweis konkret erbringen muß.

Auch eine Parallele zu den nach dem gesetzgeberischen Willen unzulässigen Ehescheidungsstrafen läßt sich nicht ziehen, weil diese sich nur auf den Ausgleich der durch die Ehe entstehenden und durch die Scheidung entzogenen Vorteile der Ehe beziehen, nicht aber die Nachteile umfassen, die durch ehewidriges Verhalten entstehen.[2] Denn wenn der Gesetzgeber für das erstere eine abschliessende Regelung in Gestalt der Unterhaltsansprüche getroffen hat, läßt sich daraus nichts gegen die Gewährung von Ersatzansprüchen entnehmen, die infolge Verletzung anerkannter Rechtsgüter dem betroffenen Gatten aus allgemeinen Vorschriften zustehen.

---

1) vgl. Fabricius AcP 160, 273, 325

2) Fabricius, aaO, S. 327

Schließlich müssen auch die Ausführungen des BGH, soweit sie ganz allgemein derartige Ansprüche mit dem sittlichen Wesen der Ehe für unvereinbar halten, auf Widerstand stossen. "Daß ein Ehegatte die heiligsten Pflichten, die das Recht ihm auferlegt, sträflich verletzen, dann aber die wirtschaftlich nachteiligen Folgen seines unsittlichen Tuns ersatzlos auf den anderen Ehegatten abwälzen kann, ist eine seltsame Auffassung von der 'sittlichen Natur' der ehelichen Pflichten." "Es ist gerade umgekehrt ein unabweisbares sittliches Postulat, daß er auch die wirtschaftlich nachteiligen Folgen, die dem anderen daraus entstehen, seinerseits tragen muß." Diesen Worten von Boehmer[1] ist nichts mehr hinzuzufügen. Es ist wirklich vom sozialethischen Standpunkt aus "bedrückend", daß es nach dem BGH jedem Dritten gestattet sein soll, "seine eheverletzenden Gelüste ersatzlos auf dem Rücken des nicht nur seelisch und sittlich schwer gekränkten, sondern auch wirtschaftlich geschädigten anderen Ehegatten auszutoben und ihre vermögensschädigenden Folgen ausschließlich auf diesen abzuwälzen."[2]

Wäre diese Ansicht der Ablehnung von Ersatzansprüchen richtig, so würde man praktisch dem ehebrecherischen Gatten und dem Ehestörer einen "Freibrief" ausstellen. Mit voller Berechtigung wirft Bosch[3] in einem Fall, wo ein Mann jahrelang von seiner Ehefrau mit einem Dritten betrogen wurde, wo er das Kind des anderen ausstattete und auf eigene Kosten die Anfechtung der Ehelichkeit und die Scheidung durchführen mußte und nun hierfür Ersatz verlangt, die Frage auf, ob es da wirklich "billig und gerecht" sei, daß er als Verletzter den Schaden der Ehestörung größtenteils selbst tragen müsse, ob es tatsächlich ein Risiko dessen sei, der eine Ehe eingehe, daß er - im Gegensatz zu

---

1) Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, aaO, I. Band, S. 90 f.

2) Boehmer FamRZ 1956, 182/183

3) in FamRZ 1958, 102

anderen - den ihm entstandenen Schaden nicht auf die Schädiger abwälzen könne.

Gerade jetzt, wo der strafrechtliche Schutz auf diesem Gebiet immer mehr an Bedeutung verliert, was ja auch zur Abschaffung des § 172 StGB führte, ist es in Anbetracht der sinkenden Ehemoral und des Nachlassens der ethischen und religiösen Grundlagen geboten, den Schutz des Rechtes auf diesem Gebiet im Zivilrecht auszudehnen und zu verstärken, weil die Überlassung des Schutzes allein der Ethik nicht mehr ausreichend ist, so daß hier mit den dafür geeigneten Mitteln der Rechtsordnung nachgeholfen werden muß.[1)]

Der Hinweis des BGH darauf, daß sonst nach rechtskräftiger Scheidung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes alle damit zusammenhängenden Fragen (Scheidungsgründe, Schuldfrage etc.) erneut aufgerollt würden, stellt nur eine Hilfsüberlegung dar. Zunächst einmal wird sich in der Regel das nachfolgende Gericht an die Feststellungen des Scheidungsurteils halten; zum anderen darf die Angst vor einem erneuten Prozeß nicht dazu führen, deswegen dem geschädigten Ehegatten jeglichen Ersatz seines Schadens zu versagen. Außerdem kann man jederzeit eine solche Schadensersatzklage mit der Scheidungsklage verbinden, so daß alle Fragen in einer Verhandlung erledigt werden können, wenn man eine entsprechende Möglichkeit in einer dafür bestimmten Gesetzesvorschrift ausdrücklich vorsieht. Nebenbei hat die Anerkennung einer solchen Klage noch den weiteren, mittelbaren Vorteil, daß dann beide Parteien im Scheidungsprozeß alles aufdecken werden - mit der Folge eines Rückganges der Konventionalscheidungen -, wenn sie damit rechnen müssen, daß das Scheidungsurteil mit seinem Schuldspruch als Vorfrage in einem Schadensersatzprozeß von Bedeutung sein kann.

---

1) Fabricius, aaO, S. 328

Aus den bisherigen Ausführungen, die sich ja nur auf das Verhältnis der Ehegatten zueinander bezogen, wird bereits deutlich, daß die hierbei vorgebrachten Argumente in keiner Weise gegenüber dem außenstehenden Drittstörer wirken können. Um diese Gründe auch für den Dritten anwenden zu können, geht der BGH davon aus, daß bei einer Ersatzpflicht des Dritten in unzulässiger Weise mittelbar ein Zwang auf den schuldigen Ehegatten ausgeübt würde, zumal der Dritte dann von diesem als Gesamtschuldner Ausgleich der Ersatzleistung verlangen könnte. Letzteres ist vom Standpunkt des BGH sowieso völlig unverständlich. Denn der BGH lehnt ja selbst gerade eine Ersatzpflicht des Ehegatten ab, während ein Gesamtschuldverhältnis doch mehrere Schuldner voraussetzt, so daß unklar bleibt, wie man zu einem Ausgleichsanspruch kommen kann, wenn außer dem Dritten gar niemand haftet, weil nur dieser ersatzpflichtig ist. Hält man dagegen auch eine Verletzung seitens des Ehegatten für möglich, so ist allerdings zuzugeben, daß dann ein indirekter Zwang auf diesen ausgeübt wird. Doch ist auch hier darauf hinzuweisen, daß die Belastung mit Schadensersatzansprüchen zwar infolge seines wirtschaftlichen Druckes mittelbar zur Unterlassung ehewidriger Beziehungen zwingen kann, daß ein solcher Zwang aber nicht mit den durch das Eherecht ausgeschalteten Zwangsmitteln gleichgesetzt werden kann;[1] außerdem ist zu beachten, daß ja umgekehrt auch der treue Gatte gezwungen wird, falls er seinen Schaden nicht geltend machen kann, die Ehestörung hinzunehmen, und daß dabei dann doch sicherlich das Interesse des verletzten Gatten den Vorzug verdient. Schließlich ist auch noch die Inkonsequenz des BGH zu beachten, wenn er einen Schadensersatzanspruch wegen dieser Zwangswirkung ablehnt, dagegen Klagen zuläßt, die auf eine Entfernung des Störers oder der Störerin aus dem räumlichen Bereich gehen, obwohl ge-

1) so von Hippel NJW 1965, 665, 666 und 668

rade eine solche Unterlassungsklage keinen geringeren Zwang ausübt. Da also beim Drittstörer jede Rücksichtnahme fehl am Platze ist, die auf das intime höchstpersönliche Eheverhältnis abstellt, und da hier noch weniger einleuchtet, warum die Verletzung nachweisbarer wirtschaftlicher Interessen gegenüber dem Störer nicht zu Ersatzansprüchen führen soll, zumal doch der Dritte an der - gegenüber jedermann geschützten - ehelichen Lebensgemeinschaft ausschließlich als Störer beteiligt ist, hätte der BGH auf jeden Fall insoweit Schadensersatzansprüche zulassen müssen, so wie es die ganz herrschende Meinung in der Literatur[1] auch tut. Von unserem Standpunkt aus kommt neben dem schuldigen Gatten erst recht der Dritte als Ersatzpflichtiger in Betracht.

b) Richtiger Ausgangspunkt und Anspruchsgrundlage

Der Fehler des BGH liegt, wie aufgezeigt wurde, darin, daß er zwar formell die eheliche Lebensgemeinschaft als absolutes Recht anerkennt, tatsächlich aber dieses Recht nur im räumlichen Bereich wirken läßt, so daß er im übrigen wieder zur früheren "relativen Eheauffassung" zurückgekehrt ist.[2] Damit übersieht er aber eine ganz entscheidende Änderung, die sich im Laufe der Zeit sowohl im Hinblick auf die Ehe wie auch auf die Persönlichkeit des einzelnen Menschen vollzogen hat. Es scheint, daß jetzt durch neuere Untersuchungen[3] klar herausgestellt worden ist, was richtiger Ansicht nach zu einer Anerkennung von

---

1) vgl. etwa Neumann-Duesberg DRZ 1950, 511, 512; Boehmer AcP 155, 181, 190, 192; Fabricius, aaO, S. 335; Boehmer FamRZ 1957, 196, 197; Schwab NJW 1956, 1149; Larenz, aaO, § 66 Ia; Enneccerus-Kipperdey, aaO, § 15 II 5g; Dölle, I. Band, aaO, § 32 III

2) vgl. Schwab JuS 1961, 137, 143

3) Boehmer AcP 155, 181 (184); Hubmann, Persönlichkeitsrecht, aaO, S. 265/266; Fabricius AcP 160, 273 (321); Padrutt, Ehestörungsklage, aaO, S. 51 ff.

Schadensersatzansprüchen aus rechtlichen Gründen führen muß. Ausgangspunkt ist dabei die Sanktionierung der ehelichen Gemeinschaft als Grundrecht durch Art. 6 Abs. 1 GG; gerade die Ausführungen des BVerfG zur Auslegung dieser Bestimmung hätten den BGH veranlassen müssen, die Frage der Ersatzpflicht unter diesem Aspekt erneut zu überprüfen.[1] Dazu kommt, daß aus den Art. 1 und 2 GG auf Grund des hohen Wertes der menschlichen Würde heute allgemein ein Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird, d.h. ein subjektives Recht auf Achtung und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit gegenüber dem Staat wie auch im privaten Bereich,[2] das schließlich noch ergänzt wird durch das in Art. 5 Abs. 2 GG anerkannte Recht der persönlichen Ehre. Will man daher eine sachgerechte Lösung für den Schutz eines verletzten Ehegatten finden, so muß man diesen "Dreiklang" in seiner Gesamtheit mit heranziehen,[3] weil ja ein verheirateter Mensch als Person keine Sonderstellung in der Rechtsordnung einnimmt.

Zwar ist es richtig, daß die Ehestörung ihren eigenen Unrechtsgehalt hat, der nicht mit der Verletzung des Persönlichkeitsrechtes gleichgesetzt werden kann,[4] weil diese Familienrechte auf Grund der Kulturauffassung und der besonderen gesetzlichen Regelung durchaus selbständigen Charakter besitzen. Andererseits darf man sich aber mit dieser Feststellung nicht begnügen, weil nicht zu übersehen ist, daß auch und gerade die eheliche Lebensgemeinschaft von diesem Persönlichkeitsrecht "fundamentiert"[5] wird und deshalb zum Schutz gegen Beinträchtigungen mit herangezogen werden muß. Es läßt sich doch nicht leugnen,

---

1) BVerfG NJW 1957, 417; Schwab NJW 1957, 869

2) BGHZ 13,334; BGHZ 24,72; BGHZ 27, 284

3) darauf weist Boehmer, aaO, hin; so auch derselbe in FamRZ 1956, 182 (183),

4) so Gernhuber, aaO, § 17 I

5) so Hubmann, aaO, S. 266

daß etwa ein ehebrecherisches Verhalten sich nicht nur gegen die mit der Ehe verbundene sexuelle Ausschließlichkeit des Zusammenlebens und gegen die Verpflichtung zur persönlichen Treue richtet, sondern daß - jeweils von den Umständen abhängig - darin auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des treuen Ehegatten zu sehen ist.[1] Dies erkennt auch Fabricius[2] an, der zu dem gleichen Ergebnis über eine Auslegung des Begriffes "sonstiges Recht" in § 823 BGB kommt, indem er auf die "sozialtypische Offenkundigkeit" abstellt und diese bei einem ehebrecherischen Eingriff in die Rechtssphäre des anderen Ehegatten bejaht. Bestätigt wird diese Ansicht auch durch die neuere Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht,[3] nach der drei Persönlichkeitssphären zu unterscheiden sind: die Intim-, die Individual- und die Privatsphäre, wobei die letztere das Leben im häuslichen Bereich und im Familienkreis umfassen soll und sich damit letzlich dem Recht auf Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft nähert, was nur noch nicht erkannt wurde.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß sich einfach im Bereich der Ehe und Familie das Personale und das Vermögensrechtliche nicht strikt auseinanderhalten läßt, weil beides oft miteinander untrennbar verbunden ist.[4] Deshalb wäre es auch verfehlt, wenn man bei einem Eingriff in personale Rechtspositionen Ersatzansprüche selbst dann ablehnen würde, falls tatsächlich ein nachweisbarer Vermögensschaden entstanden ist; der Hinweis auf die Besonderheit der Ehe kann zu keiner anderen Ansicht führen, weil gerade die grundgesetzlich anerkannte verbindliche Wertentscheidung für die Ehe es verlangt, daß ein geschädigter Ehegatte nicht schlechter gestellt werden darf als eine andere Person, die nicht verheiratet ist.

---

1) vgl. Padrutt, aaO, S. 51
2) aaO, S. 321
3) vgl. OLG Hamburg NJW 1967, 2314, 2316
4) Bosch FamRZ 1958, 102

Damit ist auch eine eindeutige klare dogmatische Einordnung des Ersatzanspruches möglich. Anspruchsgrundlagen sind keine gesonderten Familienrechtsvorschriften oder ein durch diese besonders geprägtes Deliktrecht, sondern allein § 823 Abs. 1 BGB. Das Recht jedes Ehegatten auf Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft, das seinerseits aber nicht isoliert auf den räumlich-gegenständlichen Bereich bezogen betrachtet werden darf, sondern vielmehr umfassend anzusehen ist, geprägt vom Recht des einzelnen Ehegatten auf Achtung seiner Würde und Ehre, dieses so gestaltete Recht erfüllt die Voraussetzungen des "sonstigen Rechtes" in § 823 Abs. 1 BGB, weil es in der aufgezeigten Ausprägung von jedermann zu beachten ist und deshalb absolute Wirkung besitzt. Ob man dieses Recht eigens als "Ehepersönlichkeitsrecht" zur Verdeutlichung bezeichnen soll, ist eine rein sprachliche Formulierungsfrage.

c) Geltungsbereich dieses Anspruches

Aus der eben getroffenen rechtlichen Qualifizierung ergeben sich die weiteren Folgen von selbst, weil insoweit die zu § 823 BGB entwickelten Grundsätze Anwendung finden.

Insbesondere ist dadurch auch klargestellt, daß als Ersatzpflichtige sowohl der Drittstörer wie auch der schuldige Ehegatte in Betracht kommen. Daß letzterer ein Privileg dergestalt genießen soll, daß er während der Ehe das "Ehepersönlichkeitsrecht" ohne jede Sanktion verletzen kann, ist nicht einzusehen, weil er ein derartiges Vorrecht auch bei anderen unerlaubten Handlungen nicht besitzt. Da es nämlich jedem Ehegatten freisteht, auch während der Ehe sonstige vermögensrechtliche Ansprüche gegen seinen Ehepartner geltend zu machen ohne Rücksicht darauf, ob dadurch etwa die persönlichen Beziehungen be-

rührt werden, ist eine Geltendmachung der Ersatzpflicht nach Scheidung der Ehe nicht zwingend.[1)]

Wie bereits oben festgestellt wurde, darf die Ehe nicht zu einem Ort werden, in dem Ehegatten einander ohne rechtliche Folgen sich Schaden zufügen dürfen, denn bezüglich des Gebotes zum Schutze allgemein anerkannter Rechtsgüter, zu der auch die Persönlichkeit gehört, stellt auch die eheliche Lebensgemeinschaft keinen rechtsfreien Raum dar.[2)] Es sind auch durchaus Fälle denkbar, wo ein Gatte - etwa aus Liebe zu seinen Kindern - an der Ehe festhalten will und nur für die ihm zugefügte Schädigung Ersatz verlangt, so daß man nicht generell die Klage nur nach erfolgter Scheidung zulassen sollte. Sinnvoll erscheint aber eine Beschränkung dahingehend, daß der Anspruch gegen den Ehegatten subsidiär gegenüber den Ansprüchen gegen Dritte ist, daß also der Verletzte zunächst den Außenstehenden in Anspruch nimmt und erst bei Ausfall mit seiner Ersatzforderung auf seinen Ehepartner zurückgreifen kann.[3)]

d) Umfang des Anspruches

Voraussetzung für die Anerkennung eines Ersatzanspruches ist hier wie bei jeder anderen unerlaubten Handlung, daß die Verletzung, die zu einem Schaden führte, rechtswidrig und schuldhaft und der Schaden adäquat kausal verursacht sein muß, so daß sich auch hier keine Besonderheiten ergeben.

Hinzuweisen ist nur noch darauf, daß die Adäquanz der Kausalität nicht dadurch entfällt, daß unmittelbar der Schaden in der Regel durch eigenes freiwilliges Verhalten des Verletzten verursacht wird, indem er etwa die Anfechtungs-

---

1) Soergel-Siebert, Band 3, aaO, § 823 Anm. 49
2) ebenso Künkel FamRZ 1966, 176, 179
3) so Fabricius, aaO, S. 334

klage zur Feststellung der Nichtehelichkeit des Kindes oder die Scheidungsklage erhebt oder selbst die Kosten zum Unterhalt des im Ehebruch erzeugten Kindes bestreitet. Denn dieses Verhalten des verletzten Ehegatten ist keine ungewöhnliche, der allgemeinen Lebenserfahrung widersprechende Folge der Verletzungshandlung des Täters, weil ein Ehebruch nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen.[1)]

Im Rahmen des Verschuldens ist zu beachten, daß sich der verletzte Ehegatte nicht etwa die Mitschuld seines Ehepartners anrechnen lassen braucht, da diese nicht auf das Verhältnis zwischen dem Verletzten und dem Drittstörer einwirken kann.

Ein letztes Wort ist noch zu dem zu ersetzenden Schaden zu sagen. Da nämlich sowohl Ersatz des unmittelbaren wie des mittelbaren Schadens in Betracht kommt, ist hier eine Vielzahl von Möglichkeiten denkbar. Gerade mittelbar kann die Verletzung erhebliche Auswirkungen haben, etwa Beeinträchtigung des gesellschaftlichen Ansehens, Abbruch geschäftlicher Beziehungen u.a.[2)]

Die Gefahr einer Ausuferung auf alle möglichen mittelbaren Schäden besteht aber dann nicht, wenn man die derzeitige Rechtsprechung des BGH zum Inhalt und Umfang eines Schadensersatzanspruches heranzieht. Danach ist nur ein solcher Schaden zu ersetzen, der sachlich aus der Verletzung des Rechtes bzw. des Rechtsgutes entstanden ist, das § 823 Abs. 1 BGB schützen will, d.h. der verlangte Schadensersatz muß sich im Rahmen des Schutzzweckes oder

---

1) Boehmer AcP 155, 188; Palandt, aaO, Vorbem. 5 b vor § 249

2) siehe Näheres bei Padrutt, aaO, S. 130

Schutzbereiches der jeweiligen Norm halten.[1]

Mit dieser allgemeinen Formel läßt sich eine durchaus sachgerechte Abgrenzung durchführen,[2] so daß sich sowohl eine Differenzierung hinsichtlich des "Bestands-" bzw. des "Abwicklungsinteresses"[3] wegen des gleichen Inhalts mit dem Schutzzweck genauso erübrigt wie die Aufstellung einer eigenen Formel für den zu ersetzenden Schadensumfang. Denn unter Berücksichtigung des Umstandes, daß es sich um Schadensersatz handeln muß, ergibt sich, daß alle, aber auch nur die aus der Ehezerstörung resultierenden Nachteile ersetzt werden müssen, dagegen unterliegt der Ersatzpflicht nicht der Verlust solcher Vorteile, die einem Ehegatten auf Grund der Ehe und in deren Durchführung zugefallen sind und ihm nur im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe verliehen werden. Konkret bedeutet dies beispielsweise, daß ersatzfähig sind: gesundheitliche Schäden, die auf die Aufregung über den Ehebruch zurückzuführen sind, die Kosten für den Ehelichkeitsanfechtungsstreit und für den Unterhalt eines Ehebruchskindes, Kosten für Gegendarstellungen etc. Nicht unter die Ersatzpflicht fallen die durch die Verletzung entgangenen Vorteile, etwa Kürzung eines übermäßig hoch bemessenen Haushaltungsgeldes, Umzug in eine kleinere Wohnung, Wegfall des Zweitwagens u.a. Dies zeigt, daß man bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze jeden Einzelfall billig und gerecht entscheiden kann.

5) Die Frage eines immateriellen Schadensersatzes

a) Rechtliche Grundlage

Auch die Lösung dieses Problems ergibt sich aus der rechtlichen Einreihung der Verletzung als Eingriff in das abso-

1) BGHZ 46, 23; BGH NJW 1968, 2287

2) so auch Boehmer FamRZ 1957, 196, 198

3) Gernhuber, aaO, § 17 III; die Identität mit dem Schutzzweck sieht Soergel, aaO, § 823 Anm. 49

lute "Ehepersönlichkeitsrecht". Die Bedenken, daß ein Geldanspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens durch die engherzigen Vorschriften der §§ 253, 847 BGB ausgeschlossen ist,[1] wurden durch die BGH-Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht zerstreut. Zwar wurde bereits früher ein solcher Ersatz bejaht, indem die Ausdehnung dieses Ersatzes auf alle Deliktsobligationen vorgeschlagen wurde oder indem man einen solchen Ersatzanspruch wenigstens für den "Schaden" anerkennen wollte, der dadurch eintritt, daß der betrogene Gatte nicht mehr im Ehestand leben kann und nun den Stand eines 'Geschiedenen' hat oder - als Christ - keine neue kirchliche Ehe eingehen kann.[2] Doch muß zugegeben werden, daß derartige Versuche dogmatisch nicht belegt werden können. Seit BGHZ 26, 349 kann man sich aber jetzt auf diese obergerichtliche Rechtsprechung berufen, nach der bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrechtes auch der durch den Eingriff in diesen inneren Bereich in erster Linie entstehende immaterielle Schaden ersetzbar ist. Da auch das "Ehepersönlichkeitsrecht" unter dieses allgemeine Recht fällt oder - genauer - auch dieses Recht mit umfaßt, läßt sich die oben angeführte Rechtsprechung ohne weiteres auch auf eine Verletzung dieses Rechtes anwenden.[3]

Es wäre nämlich nicht einzusehen, einen derartigen Ersatz bei Ehrverletzungen, die durch unzulässige Werbung oder unrichtige Schilderungen entstanden, zuzulassen, dagegen diesen Anspruch bei öffentlicher Diskriminierung des betrogenen Ehegatten durch ehebrecherische Beziehungen seines Gatten mit einer dritten Person abzulehnen. Die Gründe, die den BGH zur Anerkennung beim Persönlichkeitsrecht bewogen, gelten hier nämlich noch in verstärktem Maße, weil in diesem Falle meist tatsächlich die innersten

1) so noch Boehmer JZ 1953,745

2) für ersteres Boehmer AcP 155,195;für letzteres Krüger-Breetzke-Nowack,Gleichberechtigungsgesetz,aaO,Einleitung Anm. 199

3) ebenso v. Hippel NJW 1966, 670

Werte eines Menschen getroffen werden, wenn er von jemand hintergangen wird, dem er sein ganzes Leben geopfert, mit dem er Kinder erzeugt und großgezogen hat und mit dem er die innigste Gemeinschaft, die möglich ist, verbracht hat. Deshalb kann zur Rechtfertigung dieser Ansicht die Begründung des BGH übernommen werden. Er stützt sich im wesentlichen darauf,[1] daß § 253 BGB deswegen nicht entgegenstehe, weil bei Erlaß des BGB der hohe Wert des Rechtsschutzes der menschlichen Persönlichkeit noch nicht anerkannt gewesen sei. Die Ausschaltung dieses Ersatzes im Persönlichkeitsschutz würde bedeuten, daß Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben, in der zum Ausdruck komme, daß wesentliche Werte zerstört seien und daß der Verletzer dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schulde. Bei Ablehnung würde die Rechtsordnung auf das wirksamste und oft einzige Mittel verzichten, das geeignet wäre, die Respektierung des einzelnen zu sichern. Diese Folgerung ergebe sich eben daraus, daß insoweit das bürgerliche Recht dem übergeordneten Verfassungsrecht weichen müsse.[2]

Die hierbei meistens vorgebrachten Bedenken,[3] daß es nicht wünschenswert sei, derartige Schmerzen mit Geld auszugleichen, weil dies zu der Gefahr von Klagen aus Rache oder Gewinnsucht führen könne, lassen keine andere Beurteilung zu. Denn einmal ist ganz allgemein zu sagen, daß nirgends ein Anhalt dafür besteht, warum nun ein verletzter Ehegatte ein Mensch mit "minderem Schutz" sein soll; die Heirat allein kann ihn doch nicht schlechter als andere stellen. Zudem ist damit eine Möglichkeit geschaffen, an Stelle der weggefallenen Strafbestimmung über den Ehebruch mit der für keinen Teil befriedigenden Verhängung

---

1) BGHZ 35, 363 (367-369)
2) BGHZ 24, 72 (77/78)
3) Schelbert, aaO, S. 36; Magis, aaO, S. 72

einer Kriminalstrafe jetzt eine bessere und gerechtere Lösung zu treffen, indem in wirklich zu mißbilligenden Fällen die Chance eines Ausgleiches für den betroffenen Ehegatten besteht, die ihm wenigstens eine kleine Genugtuung für all die Aufregungen, Sorgen, Kummer und Schmerzen bringen können, die er aus Anlaß des ehebrecherischen Verhaltens hinnehmen mußte. Aus diesem Grunde soll auch zum Abschluß der Vorschlag gemacht werden, durch eine gesetzliche Regelung den Zuspruch eines solchen immateriellen Schadensersatzes zu legalisieren. Dann ist wirklich eine optimale Lösung geschaffen, weil dann der Scheidungsrichter, dem der ganze Fall unterbreitet ist, in der Lage ist, nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden, ob ein solcher Ersatz der Billigkeit entspricht, so daß auf diese Weise auch die Gefahr ausgeschaltet ist, daß auf diesem Umwege wiederum die Unzulänglichkeiten in Gestalt der niederen Motive auftreten können. In diesem Zusammenhang muß auch darauf hingewiesen werden, daß eine solche Ersatzpflicht gesetzlich schon längst ausgesprochen werden hätte müssen, wenn man dem Gesetz nicht Inkonsequenz vorwerfen wollte; denn es ist unverständlich, daß es bei Verlobten sowohl Schadensersatzansprüche (§ 1298 BGB) wie auch Schmerzensgeld zuläßt) § 1300 BGB), obwohl dieses Zusammensein oft nur von kurzer Dauer sein kann, während das Gesetz bei der Ehe, die doch noch eine wesentlich innigere Gemeinschaft darstellt, auf derartige Umstände keine Rücksicht genommen hat, obwohl es dort mindestens ebenso angebracht wäre.

b) Anwendungsbereich dieses Anspruches

Die Sorgen um die Einführung eines indirekten Straf- oder Racheanspruches mit Anerkennung einer solchen Ersatzpflicht dürften aber endgültig dadurch beseitigt werden, daß ein solcher Anspruch nur im engeren Rahmen - wie beim Persönlichkeitsrecht - zuzulassen ist.

Das bedeutet, daß er nicht generell zuzusprechen ist, sondern nur, wenn eine wirklich schwere Verletzung des "Persönlichkeitsrechtes" vorliegt, die eine Genugtuung des Verletzten nur auf diese Weise herbeiführen kann.[1] Das erfordert im Einzelfall eine genaue Prüfung, ob dem Schädiger tatsächlich eine solche schwere Schuld trifft oder ob eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung dieses Rechts vorliegt, was nur an Hand der einzelnen Umstände, insbesondere dem Grad des Verschuldens, der Art und Schwere der Beeinträchtigung, dem Anlaß und Beweggrund des Handelns festgestellt werden kann.[2]

Nur wenn diese gewiß nicht geringen Anforderungen erfüllt sind, ist es auch gerechtfertigt, "den oder die Ehestörer für die von ihm geschaffenen seelischen Leiden, Aufregungen, Demütigungen, für den Kummer und Ärger, für die Verletzungen in der Zuneigung und im Ehrgefühl und für die Einbußen an Gesundheit und Arbeitskraft in der Person des unschuldigen Gatten" haftbar zu machen und dem Geschädigten wenigstens eine gewisse innere Befriedigung durch Zusprechen eines solchen Ersatzes zu verschaffen.[3] Beachtet man diese Beschränkungen, so braucht man sicherlich keine Angst davor zu haben, daß hier ein Tor geöffnet wird, durch das all die beim Strafrecht aufgezeigten nachteiligen Auswirkungen auch im Zivilrecht Einzug halten.

---

1) Palandt, aaO, § 823 Anm. 15 F

2) BGHZ 35, 363 (369); BGH MDR 1969, 472; BGH VersR 1969, 349

3) so Padrutt, aaO, S. 133 für das schweizerische Recht, das gesetzlich bereits einen solchen Anspruch von der Schwere des Verschuldens und der Verletzung abhängig macht und somit der BGH-Rechtsprechung gleichzustellen ist.

c) Behandlung im Ausland

Ein kurzer Blick in die ausländischen Rechte zeigt,[1] daß dort bereits derartige Regelungen zum Teil bestehen und durchaus sinnvoll gehandhabt werden. So ist in der Schweiz nach Art. 28 Abs. 2 ZGB und Art. 49 OR der Dritte zur Genugtuungsleistung für die immateriellen Nachteile verpflichtet, die mit der Ehestörung zusammenhängen. Auch in Frankreich werden Ersatzforderungen zum Ausgleich ideeller Einbußen nach Art. 1382 CC zugesprochen; ebenso werden in Belgien solche Ersatzansprüche auch für den moralischen Schaden bejaht. In England besteht gleichfalls ein derartiger Ersatzanspruch für idelle Nachteile und zwar allein schon gegenüber dem Drittstörer für das Abspenstigmachen, wobei das Gericht sogar Anordnungen über die Verwendung dieser Ersatzsumme treffen kann. Sehr weit lassen auch die Staaten der USA Ersatzforderungen zu, die bereits bei bewußter Entfremdung eines Gatten erhoben werden können; bei Ehebruch hat der betrogene Gatte gleichfalls einen Ersatzanspruch auch dann, wenn er eine Scheidung nicht durchführt.

Dieser Vergleich zeigt, daß derartige Ersatzansprüche keineswegs völlig abwegig sind oder den Vorstellungen der Gemeinschaft über das Wesen der Ehe widersprechen, vielmehr einem durchaus berechtigten Bedürfnis der Bevölkerung nach gerechter Beurteilung ehestörenden Verhaltens entsprungen sind. Dabei kann vor allem das schweizerische Recht uns anfangs über eventuell noch auftretende Schwierigkeiten in der Handhabung hinweghelfen, weil dort bereits eine umfassende Rechtsprechung zu den Fragen der Schwere der Verletzung und des Verschuldens vorliegt, in denen die Momente aufgezeigt werden, auf die es ankommt (Dauer, Intensität, Öffentlichkeit etc.)

---

1) im folgenden: Dölle, I. Band, aaO, S. 387-389
ferner: Boehmer AcP 155, 196/197

d) Vorschlag de lege ferenda

Trotz einer bereits möglichen Bejahung solcher Ersatzansprüche wird nicht die Gefahr verkannt, die davon ausgeht, daß sich der BGH letztlich doch über das gesetzte Recht hinweggesetzt hat und gegen den an sich eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 253 BGB entschieden hat. Aus diesem Grunde kann die Kritik an dieser Rechtsprechung durchaus verstanden werden.[1)]

Es empfiehlt sich daher zur Klarstellung gemäß den Empfehlungen des 45. DJT[2)] diesen immateriellen Schadensersatz eindeutig gesetzlich festzulegen. Eine derartige Neuregelung sollte dann sinnvollerweise gleichzeitig auch die allgemeine Ersatzpflicht der Ehestörer bestimmen. Standort dieser Bestimmung wäre zweckmäßigerweise das Recht der unerlaubten Handlungen im BGB, nicht das Ehegesetz, weil die Ansprüche nicht unbedingt mit der Durchführung der Ehescheidung gekoppelt werden müssen oder gar erst nachher geltend gemacht werden können.

Wird diese Regelung dann Gesetz, so hat die Rechtsordnung in einer gebührenden Weise dem verfassungsrechtlich gebotenen Eheschutz Rechnung getragen, indem sie damit deutlich zum Ausdruck bringt, daß die Gemeinschaft Ehestörungen aufs Schärfste ablehnt und verurteilt. Durch die Verlagerung dieses Unwerturteils in das Zivilrecht ist dann gleichzeitig die Möglichkeit geschaffen, einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen, wobei durch eine flexible Regelung dem jeweiligen Richter der notwendige Spielraum einzuräumen ist, um im jeweiligen Einzelfall eine billige und gerechte Entscheidung treffen zu können.

---

1) vgl. etwa Palandt, aaO, § 823 Anm. 15 F; Flume NJW 1966, 2049, 2053

2) siehe NJW 1964, 2098

Eine derartige gesetzliche Regelung könnte dabei etwa so aussehen.

"§ 825 a BGB (Ehestörung)

(1) Wer schuldhaft einen Ehegatten in dessen Ehepersönlichkeitsrecht widerrechtlich verletzt, ist diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Bei besonderer Schwere der Verletzung und des Verschuldens kann der verletzte Ehegatte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

(3) Werden die Ansprüche nach Abs. 1 bzw. nach Abs. 2 erhoben, während gleichzeitig das Ehescheidungsverfahren anhängig ist, so sind diese Verfahren auf Antrag der Parteien oder aus sachdienlichen Gründen miteinander zu verbinden."

S c h l u ß

Damit wird die Untersuchung über den weiten und mannigfaltigen Weg, den die Strafvorschrift über den Ehebruch im Laufe der Geschichte zurückgelegt hat, mit einem Vorschlag abgeschlossen, der der neuen Entwicklung Rechnung tragen soll. Man sollte dabei dem Abschied vom Strafgesetz nicht nachtrauern, weil dieses sich zu Recht auf unumgänglich notwendige Delikte beschränken muß. Andererseits muß aber heute versucht werden, den Eheschutz dort zu verstärken, wo er jetzt allein noch seinen Niederschlag finden kann, nämlich im Eherecht und im Recht der unerlaubten Handlungen. Dies kann nur durch eine Ausweitung des als absolutes Recht anerkannten Recht der ehelichen Gemeinschaft erfolgen, wozu das letzte Kapitel dieser Arbeit einen Beitrag leisten wollte.

L e b e n s l a u f

Am 12. Januar 1943 wurde ich als einziges Kind des Rechtsanwaltes Hans Heidenreich und seiner Ehefrau Gunda, geb. Hohner, in München geboren.
Nach Kriegsende lebten wir infolge der Evakuierung einige Jahre in Zaubach, Kreis Stadtsteinach/Oberfranken, wo ich auch 1949/1950 die erste Klasse der Volksschule besuchte.
1950 kehrten wir in das elterliche Wohnhaus nach Gräfelfing bei München zurück. Dort ging ich noch weitere 3 Jahre in die Volksschule und unterzog mich danach mit Erfolg der Aufnahmeprüfung des Humanistischen Gymnasiums München-Pasing.
Am 16. 12. 1959 verstarb mein Vater nach langer, schwerer Krankheit.
Im Jahre 1962 schloß ich dann das Gymnasium mit dem Abitur ab und begann das Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München.
Nach einem Studium von 9 Semestern bestand ich am 4. August 1967 vor dem Landesjustizprüfungsamt Bayern, Prüfungsort München, die 1. juristische Staatsprüfung mit der Prüfungsgesamtnote "gut".

Mit Wirkung vom 4. September 1967 trat ich meinen Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar an, den ich mit Ablegung des schriftlichen Teiles der 2. juristischen Staatsprüfung im Termin 1970 II und der mündlichen Prüfung am 19.2.1971 (Prüfungsgesamtnote "gut") beendete.
Im Rahmen des Vorbereitungsdienstes war ich beim Amtsgericht Starnberg, Landgericht München II, Landratsamt Starnberg, bei der Regierung von Oberbayern, beim Landkreisverband Bayern, Bayerischen Verwaltungsgericht München, Landesarbeitsgericht Bayern sowie bei Herrn Rechtsanwalt Heim und Herrn Notar Dr. Stiegler, beide München, tätig.